YBHD'nin Ocak 2020'da çıkacak yeni sayısı için 15.10.2019 tarihine kadar Türkçe, İngilizce, Almanca veya Fransızca dillerinden birinde yazılmış çalışmalarınızı *http://ybhukukdergisi.com/* adresinden ulaşabileceğiniz Dergipark sayfamızdan bizlere ulaştırabilirsiniz. E-mail ile makale kabulü yapılmayacaktır.

YBHD

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi
Yıldırım Beyazıt Law Review

MAKALE ÇAĞRISI
CALL FOR PAPERS

Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinden birinde yazılmış hukukun çeşitli alanlarıyla ilgili makale, çeviri ve karar tahlillerinizi Dergipark sistemi üzerinden bize ulaştırabilirsiniz.

Yıldırım Beyazıt Law Review accepts submissions in the form of articles, commentaries and case notes in Turkish, English, German and French in all fields of law, for any query or submissions kindly contact via YBHD-Dergipark web site.

FOR THE ISSUE OF 2020/1 SAYISI İÇİN

Son gönderim tarihi / *Deadline for Submissions:* **15.10.2019**

Web sitesi/*Web Site* : **ybhukukdergisi.com**

Dergipark : **http://dergipark.gov.tr/ybuhukuk**

İletişim/*Contact* : **ybhukukdergisi@ybu.edu.tr**

Posta Kodu/*Zip Code* : **06010**

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi 15 Temmuz Şehitleri Binası Etlik–Keçiören/ANKARA

www.ybhukukdergisi.com • ybhukukdergisi@ybu.edu.tr

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ

Veri Tabanlarında Taranmaktadır.



HUKUK FAKÜLTESİ

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi

Yıldırım Beyazıt Law Review

YBHD • 2019/2

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi (YBHD)

Yıldırım Beyazıt Law Review

Adına Yayın Sahibi/*Owner on Behalf*

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü/*Managing Editor*

Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ

Editör/*Editor*

Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ

Yayın Kurulu/*Editorial Board*

Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Bedii KAYA

Arş. Gör. Köroğlu KAYA

Arş. Gör. Bilâl TOPRAK

Arş. Gör. Cansu KORKMAZ

Arş. Gör. Emre İkbal AÇIKGÖZ

Arş. Gör. Ömer Vehip ÖNEN

Arş. Gör. Abdullah Enes KARACAN

Arş. Gör. Dilara KARLI

Öğr. Gör. Ali SAĞLAM

ISSN: 2149-5831

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ (YBHD) 6 aylık yaygın süreli hakemli bir dergidir. Dergide yayınlanan yazılardaki görüşler yazarlarına aittir.

Bu çalışma Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Bilimsel Araştırma Projeleri (BAP) kapsamında desteklenmektir.

Basım Yeri/*Printed in* **:** Pozitif Matbaacılık
Çamlıca Mah. 145. Sok. No:10/19 Yenimahalle/ANKARA
Tel: 0312 397 00 31 - **Faks:** 0312 397 86 12
pozitif@pozitifmatbaa.com - www.pozitifmatbaa.com
Grafik Tasarım/*Graphic Design:* Safure ARSLAN
Basım Tarihi/*Date of Publication:* Temmuz 2019/July 2019
Yönetim Yeri Adresi/*Place of Management***:** Uluslararası Süreli Yayın/ International Periodical
İletişim Bilgileri/*Contact Information:* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
15 Temmuz Şehitleri Binası Ayvalı Mah. Halil Sezai Erkut Cad. 150. Sok. Etlik/ANKARA
Tel : +90 0312 906 21 02/0312 906 21 69
Belge Geçer/*Fax :* +90 312 906 29 62
Elektronik Ağ/*Website:* www.ybhukukdergisi.com
E-posta/*E-mail:* ybhukukdergisi@ybu.edu.tr
Dergipark : https://dergipark.org.tr/ybuhukuk

DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Yücel ACER	*Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Murat ATALI	*İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Mustafa ATEŞ	*İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Talat CANBOLAT	*Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Murat DOĞAN	*Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ	*İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ	*Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Cemil KAYA	*İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Mahmut KOCA	*İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Ziya Sacit ÖNEN	*Atılım Üniversitesi İşletme Fakültesi*
Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES	*Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	*İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER	*Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	*Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ	*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM	*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

EDİTÖRDEN VEDA

Saygıdeğer okuyucularımız,

2011 yılında eğitim öğretim faaliyetine başlayan Fakültemiz "Hukukun üstünlüğünü özümsemiş, hakkaniyetli ve adaletli hukukçular yetiştirmek" düsturundan hareketle, günümüze kadar yapmış olduğu her faaliyetinde nasıl bir adım daha ileriye gideriz, akademik alana ve uygulamaya nasıl daha fazla katkı sağlarız amacıyla hareket etmiştir. Bu amacını gerçekleştirme araçlarından biri olan YBHD ise 2016 yılında yayın hayatına başlamıştır.

Derginin yayımlanması ile ilgili sorumluluğu üstlendiğim ilk akademik kurul toplantısından bu sayımıza kadar bana ve ekibime güvenen, derginin çıkartılma sürecinde ve her aşamasında desteğini esirgemeyen Saygıdeğer Dekanımız Prof. Dr. M. Fatih Uşan'a gönülden teşekkürü bir borç bilirim.

Dergi çıkartmak iyi ve uyumlu çalışan bir ekip ile mümkündür. Dergi çıkartma kararı aldıktan sonra, derginin ebatından, yayım yazım kurallarına, makale çağrı metninden yazı karakterine kadar tüm süreçte birlikte çalıştığım Dr. Öğr. Üyesi M. Bedii Kaya'nın emekleri yadsınamaz. Tabii ki yayın kurulunda yer alan Araştırma Görevlisi arkadaşlarımın emeklerini ve heyecanlarını da unutmamak gerekir. Makale çağrısı yaptıktan sonra dergimize gelen ilk makalede yaşadığımız mutluluk veya derginin ilk sayısının matbaadan geldiği günkü heyecan ve sevincimiz dün gibi aklımda. Akademik hayatta hep söylenen "Kitaplar akademisyenlerin çocukları gibidir" sözünü o zaman bizler bire bir yaşamıştık. Daha sonra ulusal ve uluslararası indekslerden taranma ile ilgili gelen olumlu cevaplarla mutluluğumuz daha da artmıştı.

Dergimiz TR Dizin, Heinonline ve Asos indekste taranmaya başladıktan sonra Dergimize olan ilgi daha da arttı. Bundan sonraki süreçte de YBHD'nin yoluna her zamanki gibi başarılı bir şekilde devam edeceğine inanıyorum. Ancak bu sayıdan sonra 3 yıl süre ile Brüksel Eğitim Müşavirliği görevini yerine getirebilmek için yurtdışında bulunacağımdan, derginin Editörlüğünü bırakmak durumunda kalacağım. Bu görev gündeme geldiğinde ilk aklıma gelen husus YBHD'nin ne olacağı oldu. Çünkü dergi çıkartmak ciddi bir çalışma ve emek isteyen bir faaliyettir. Yayın kurulunda yer alan arkadaşlarımızla bizler gece - gündüz ve hafta sonu demeden her zaman birlikte çalıştık. Bundan sonra her ne kadar bu görevi yerine getiremeyecek olsam da her zaman desteğimi vermeye devam edeceğim.

Makale gönderen bütün yazarlarımıza ve makaleleri titizlikle inceleyen, değerli görüşlerini bizlerle paylaşan ve herhangi bir karşılık beklemeksizin hakemlik yaparak bizlere katkıda bulunan bütün Hocalarımıza bu vesileyle teşekkürü bir borç biliyorum.

Derginin ilk sayılarının yayın kurulunda yer alan Araş. Gör. Mert Silahşör ile Dr. Akif Tögel'e teşekkür ediyorum. Ancak en büyük teşekkürü yayına başladığımız ilk günden günümüze kadar yayın kurulunda yer alan Araş. Gör. Köroğlu Kaya ve Araş. Gör. Bilal Toprak ile daha sonraki süreçte ekibimize dahil olan Araş. Gör. Cansu Korkmaz, Araş. Gör. Emre İkbal Açıkgöz, Öğr. Gör. Ali Sağlam, Araş. Gör. Ömer Vehip Önen, Araş. Gör. Abdullah Enes Karacan, Araş. Gör. Dilara Karlı'ya ediyorum. Tabii ki, dizgi sürecinde bizlere destek veren, yeri geldiğinde pazar günü bile dizgi yapan idari personelimiz Safure Arslan'a da teşekkür ediyorum. Çünkü gönülden yapılan bir ekip çalışması ürünüdür YBHD.

Editörlük görevini devralacak olan arkadaşımızın, iyi yetişmiş ve uyumlu çalışan bu ekip ile Dergimizi daha da ileriye götüreceğine olan inancım ile sizlere veda ediyorum…

Allahaısmarladık…

Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ
Editör

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ (YBHD) • 2019/2
Yıldırım Beyazıt Law Review

İÇİNDEKİLER / *CONTENTS*

Editörden vii
İçindekiler ix

KAMU HUKUKU

ULUSLARARASI HUKUKTA BİLDİRİMİN TEK TARAFLI DEVLET İŞLEMİ NİTELİĞİ ÜZERİNE BİR İNCELEME
AN EXAMINATON ON THE UNILATERAL STATE ACT STATUS OF NOTIFICATION IN INTERNATIONAL LAW
Doç. Dr. Elif UZUN 1

KATILIMCI DEMOKRASİNİN VASITALARI VE BU VASITALARDAN REFERANDUMUN ÇEVRE HAKKINA OLAN ETKILERİ
PARTICIPATORY DEMOCRACY TOOLS AND EFFECTS OF REFERENDUM AS ONE OF THESE TOOLS ON RIGHT TO ENVIRONMENT
Doç. Dr. Mehmet Ali ZENGİN 23

KÖLELİK, ZORLA ÇALIŞTIRMA VE BENZER UYGULAMALARA İLİŞKİN YASAĞIN ULUSLARARASI HUKUK VE AİHM İÇTİHATLARI ÇERÇEVESİNDE GELİŞİMİ
THE DEVELOPMENT OF PROHIBITION OF SLAVERY, FORCED LABOUR AND SIMILAR PRACTICES IN INTERNATIONAL LAW AND THE ECtHR CASE LAW
Dr. Öğr. Üyesi Ali BAL 55

BİR ÖRNEK OLAY ÜZERİNDEN MAHKEME KARARLARINDA İSTİKRAR
CONSISTENCY OF COURT DECISIONS THROUGH A CASE STUDY
Dr. Öğr. Üyesi Çınar Can EVREN 113

ULUS DEVLET İLE VATANDAŞLIK İLİŞKİSİ PARADOKSU VE ANAYASAL DÜZLEMDEKİ NEGATİF ETKİLERİ
THE PARADOX OF THE RELATIONSHIP BETWEEN NATION STATE AND CITIZENSHIP AND ITS NEGATIVE EFFECTS ON CONSTITUTIONAL PLANE
Dr. Öğr. Üyesi Ümit GÜVEYİ 137

TÜRK HUKUKUNDA ÇEVRE HAKKININ BİREYSEL BAŞVURU YOLUYLA KORUNMASI
THE PROTECTION OF THE RIGHT TO ENVIRONMENT THROUGH INDIVIDUAL APPLICATION IN TURKISH LAW
Dr. Öğr. Üyesi Bahar KONUK SOMMER 169

MAĞDURİYETİN GİDERİLMESİ AÇISINDAN UZLAŞTIRMA KURUMU İLE MAĞDUR HAKLARI TASARISININ İNCELENMESİ
THE VICTIMS OF RIGHTS DRAFT OF A LAW WITH THE RECONCILIATION INSTITUTION FOR ELIMINATION OF VICTIMIZATION
Arş. Gör. Mümin GÜNGÖR 189

ÖZEL HUKUK

İPOTEK HAKKININ HACZİ İLE İLGİLİ SORUNLAR VE DEĞERLENDİRME
ASSESSMENT AND PROBLEMS ABOUT THE SEZIURE OF HYPOTHEC
Av. Dr. Uğur BULUT **233**

NUCLEAR ENERGY AND INSURANCE PROBLEMATIC OF TURKEY
TÜRKİYE'NİN NÜKLEER ENERJİ VE SİGORTA SORUNSALI
Dr. Öğr. Üyesi Serdar DEMİRCİ **259**

PUBLIC ORDER INTERVENTION ON THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN COURT DECISIONS
YABANCI MAHKEME KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZİNDE KAMU DÜZENİ MÜDAHALESİ
Dr. Öğr. Üyesi Gizem ERSEN PERÇİN • Arş. Gör. Dilara BAYTAROĞLU **303**

ULUSLARARASI İŞGÜCÜ KANUNU İLE GETİRİLEN BİR YENİLİK: TURKUAZ KART
A RENEWAL LAID DOWN BY INTERNATIONAL LABOUR LAW: TURQUOISE CARD
Dr. Öğretim Üyesi Bengül KAVLAK **337**

YAPAY ZEKANIN HUKUKİ STATÜSÜ VE HUKUKİ KİŞİLİĞİ ÜZERİNE TARTIŞMALAR
LEGAL STATUS OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND DEBATES ON ITS LEGAL PERSONALITY
Dr. Seda KARA KILIÇARSLAN **363**

DOĞUMLA TÜRK VATANDAŞI OLUP ÇIKMA İZNİ İLE TÜRK VATANDAŞLIĞINDAN AYRILAN KİŞİLERİN (MAVİ KART HAMİLLERİNİN) SOSYAL GÜVENLİK HAKKI
THE RIGHT TO SOCIAL SECURITY OF PERSONS WHO HAD BEEN TURKISH CITIZENS BY BIRTH BUT LOST THEIR CITIZENSHIP BY OBTAINING RENUNCIATION PERMIT (BLUE CARD HOLDERS)
Arş. Gör. Elif Hande ALTINTAŞ **391**

TÜRKİYE'DE MÜLTECİLERİN ÇALIŞMA VE SOSYAL GÜVENLİK HAKLARI
RIGHTS TO WORK AND SOCIAL SECURITY OF REFUGEES IN TURKEY
Arş. Gör. Hatice Hilal TİRİTOĞLU ERSOY **435**

COMPARATIVE ANALYSES ON THE DEPRIVATION OF NATIONALITY UNDER UZBEKISTAN CITIZENSHIP LAW AND THE MINIMUM REQUIREMENTS OF DEPRIVING CITIZENSHIP UNDER INTERNATIONAL LAW
ULUSLARARASI HUKUKTA VATANDAŞLIĞIN KAYBEDİLMESİ İÇİN ARANAN ASGARİ KOŞULLAR İLE ÖZBEK VATANDAŞLIK KANUNUNUNDA ÖZBEK VATANDAŞLIĞININ KAYBEDİLMESİ KOŞULLARININ MUKAYESELİ ANALİZİ
Farruhbek MUMINOV **475**

ÇEVİRİ

DİPLOMATİK KORUMA HAKKINDA TASLAK MADDELER
DRAFT ARTICLES ON DIPLOMATIC PROTECTION
Dr. Öğr. Üyesi Gökhan ALBAYRAK **501**

YAYIN VE YAZIM KURALLARI **509**

KAMU HUKUKU

ULUSLARARASI HUKUKTA BİLDİRİMİN TEK TARAFLI DEVLET İŞLEMİ NİTELİĞİ ÜZERİNE BİR İNCELEME

Doç. Dr. Elif UZUN[*]

ÖZET

Devletlerin tek taraflı hukuki işlemleri uluslararası hukuktaki ihtilaflı meselelerinden biridir. Her ne kadar uluslararası örf ve âdet hukuku bazı tek taraflı işlemlerin varlığını kabul etmişse de, devletler arasındaki hukuki ilişkilerin teorik temelleri hakkındaki farklı perspektifler konu üzerinde bir uzlaşmaya varmayı imkansız kılmaktadır. Tek taraflı işlemleri hukuki işlemler olarak görmenin ardında yatan düşünce, bu işlemlerin diğer devletlerle yürütülen bir müzakere sürecinden veya onlardan alınacak bir onaydan bağımsız şekilde işlem sahibi devlet için hukuki yükümlülük yaratma kapasitesidir. Uluslararası Adalet Divanı'nın Nükleer Denemeler Davaları'ndaki kararları, konuya, nihayetinde daha yaygın bir kabulle sonuçlanan bir ilgi uyandırmıştır. Fakat yine de bir tek taraflı işlemler teorisinin inşa edildiğini söylemek mümkün değildir. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun kendisinden beklenen Taslak Maddeleri oluşturamamış olan çalışması da bu durumun kanıtı niteliğindedir. Meselenin ihtilaflı karakteri yanında, farklı yazarların tek taraflı işlem örneklerine ilişkin sunumlarında da tutarsızlık bulunmaktadır. Kimi zaman; tanıma, protesto, vazgeçme ve taahhütten oluşan listeye bildirim de dahil edilmektedir. Bu makale bildirimin söz konusu listeye dahil edilmesinin isabetli olup olmadığını tartışmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Tek Taraflı Devlet İşlemleri, Uluslararası Hukuk, Tanıma, Protesto, Vazgeçme, Taahhüt, Bildirim.

[*] Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, eluzun@anadolu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-7825 -7840
(Geliş Tarihi: 19.03.2019 – Kabul Tarihi: 11.05.2019)

AN EXAMINATON ON THE UNILATERAL STATE ACT STATUS OF NOTIFICATION IN INTERNATIONAL LAW

ABSTRACT

Unilateral acts of states is one of the controversial issues in international law. Although some forms of unilateral acts are accepted by customary international law, different perspectives on the theoretical basis of legal relations between states render an agreement on the subject impossible. The idea behind considering unilateral acts being legal transactions is their capacity to create legal obligations for the author state, independent from any negotiation process with or any approval of other states. The International Court of Justice's decisions in Nuclear Tests Cases has triggered an interest to the subject which results in a more common recognition of the concept. But it is still impossible to argue that a theory of unilateral acts could be constructed. The work of International Law Commission, which could not produce the expected Draft Articles, may be an evident of this fact. Beside its controversial character, there is also some inconsistency between presentation of examples of unilateral acts by different scholars. Sometimes notification is added by scholars to the list of unilateral acts of states, including recognition, protest, waiver and promise. This article discusses the accuracy of adding notification to this list.

Keywords: Unilateral Acts of States, International Law, Recognition, Protest, Waiver, Promise, Notification.

GİRİŞ

Devletlerin tek taraflı işlemleri, uluslararası hukukun tartışmalı konularından birini teşkil etmektedir. Devlet uygulamasındaki görülme sıklığına rağmen konu hakkında yapılan çalışma sayısının azlığına bir "tek taraflı işlem teorisi"nin de oluşturulamamış olması eşlik eder. Nitekim Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun (UHK) 1997-2006 yılları arasında konu üzerinde yürüttüğü çalışmanın sonucunda ortaya çıkan Kılavuz İlkeler'in kısıtlılığı ve Komisyon tartışmalarında ortaya çıkan fikir ayrılıkları bu durumun kanıtı niteliğindedir.

Devletlerin tek taraflı işlemlerinin varlığından başlayarak, tanımı ve bağlayıcılığı ile hukuki sonuçlarına giden tartışmalarda önemli bir konu başlığı, kapsam sorunudur. Başka bir deyişle, hangi eylemlerin tek taraflı işlem sayıldığı/sayılacağı üzerinde ittifak bulunmamakta, tek taraflı işlemleri işlem sahibi devlet bakımından yükümlülük yaratan veya uluslararası hukuk kaynağı gören yazarlar arasında bile farklı değerlendirmelere rastlanmaktadır.

Özellikle Türkçe literatür bakımından yapılabilecek ama uluslararası literatür bakımından da kısmen ortaya koyulabilecek bir tespit, bu makalenin konusunu oluşturmaktadır. Genel uluslararası hukuk eserlerinde devletlerin tek taraflı işlemlerine uluslararası hukukun kaynakları arasında yer verildiği durumlarda standart sayılabilecek bir liste verilerek tanıma, vazgeçme, protesto ile birlikte tebliğ/bildirim de anılmaktadır. Bununla birlikte, varlığı, tanımı ve kapsamı üzerindeki bütün tartışmalara rağmen tebliğin devletlin tek taraflı işlemi sayılamayacağı, bu makalenin temel iddiasını oluşturmaktadır.

Bildirimin tek taraflı devlet işlemi niteliğine sahip olmadığını gösterebilmek amacıyla makale, öncelikle devletin tek taraflı işlemi kavramına ilişkin bir tanımı, sorunun tarihsel gelişiminden örneklerle inşa etmeye çalışacaktır. Bunun arkasından tanımda yer alan unsurlar ayrıntılı bir şekilde incelenecektir. Bu esnada tek taraflı devlet işleminin varlığına ve bağlayıcılığına ilişkin tartışmalara da kısaca da olsa değinilecektir. Makale bunun ardından geleneksel kabul görmüş tek taraflı devlet işlemlerinden tanıma, protesto, taahhüt ve vazgeçmeye kısaca değinecek ve son olarak tanım ve mahiyetine ilişkin açıklamalarla birlikte tebliğin neden tek taraflı devlet işlemi sayılamayacağını göstermeye çalışacaktır.

I. DEVLETİN TEK TARAFLI İŞLEMLERİ: TANIM VE KAPSAM

Devletin tek taraflı işlemlerinin (*unilateral acts of states*), üzerinde ittifak edilmiş, türünün bütün örneklerini kapsamına alan, kesin bir tanımı bulunmamaktadır[1]. Bu bakımdan uluslararası hukukun tartışmalı konularından birini oluşturmaktadır. Bununla birlikte, böyle bir tanımın bulunmadığından bahisle devletin tek taraflı işlemlerinin belirlenemeyeceğini söylemek yerine, söz konusu işlemlerin nitelikleriyle ilgili öne çıkan ölçütler dile getirilebilir. Bunun için ise, devletin tek taraflı işlemlerinin uluslararası hukuk literatüründe bir sorun olarak ortaya çıkışına işaret etmek gerekmektedir.

A. DEVLETİN TEK TARAFLI İŞLEMLERİ HAKKINDAKİ TARTIŞMALARIN ORTAYA ÇIKIŞI

Tek taraflı devlet işlemleri devlet pratiğinde sıkça görülmekle birlikte, uzun süre bu konu uluslararası hukukçuların ilgisini çekmemiştir[2]. Uluslararası Adalet Divanı'nın (UAD) 1974'te verdiği Nükleer Denemeler Davalarındaki kararları[3] konuya ilginin yönelmesi bakımından dönüm noktasını oluşturmuştur[4]. Divan bu davada, devletlerin tek taraflı işlemlerinin kendileri bakımından

---

1 **Eckart, Christian** (2012) Promises of States under International Law, 1. B, Oxford, Hart Publishing, s. 18; **Fiedler, Wilfreid** 'Unilateral Acts in International Law': Rudofl Bernhardt (Editör) (1984) Encyclopedia of International Law, C: 7, 1. B., Amsterdam-Oxford-New York, North Holland, s. 517-8. Bununla birlikte yine Max Planck Enstitüsü tarafından 2012 yılında yayımlanan The Max Planck Encyclopedia of International Law'a UHK'nin aşağıda değineceğimiz ve çokça eleştiri almış çalışmasının özel raportörü olan V. D. Codeño'nun da yazarı olduğu aynı başlıklı maddede UHK'nin yaptığı tanıma yer verilerek tanım konusunda bir uzlaşma bulunduğu izlenimi verilmiştir. Söz konusu ansiklopedi maddesinin UHK'nin çalışmasının özeti mahiyetinde olduğu da düşünülecek olursa, tanımın nihai ve kesin nitelikte kabul edilmesi mümkün olmamaktadır. Bkz. **Cedeño, Victor Rodrígez/ Cazorla, Maria Isabel Torres** 'Unilateral Acts of States in International Law': Rüdiger Wolfrum (Editör) (2012) The Max Planck Encyclopedia of International Law, C: X, 1. B., Oxford, OUP, 163-4.

2 **Çağıran, Mehmet Emin** (2005) Uluslararası Hukukta Devletin Tek Taraflı İşlemleri, 1. B., Ankara, Platin Yayınları, s. 3; **Thirlway, Hugh** (2014) The Sources of International Law, Oxford, Oxford University Press, s. 44.

3 Söz konusu iki davanın biri Yeni Zelanda diğeri Avustralya tarafından Fransa'ya karşı açılmıştır. Aynı gün verilen ve birbirine çok benzeyen kararlardan sadece Avustralya tarafından açılan davaya atıf verilecektir. Bkz. **ICJ**, *Nuclear Tests Case (Australia vs. France)*, Judgment of 20 December 1974, I.C.J. Reports 1974, ss. 253-274.

4 Divan'ın anılan kararı konuyla ilgili verilmiş ilk karar değildir. *Doğu Grönland'ın Hukuki Statüsü Davası*, *Mavrommatis Davası*, *Yukarı Silezya'da Kimi Alman Çıkarları Davası*, *Güney-Batı Afrika'nın Uluslararası Statüsü Danışma Görüşü*, *Güney-Batı Afrika Davası* ile Mısır'ın 1957 tarihli Süveyş Kanalı ile ilgili deklarasyonu tek taraflı devlet işlemlerine ilişkin olmakla birlikte, konunun uluslararası hukukçuların

yükümlülük doğuracağını kabul etmiştir. İşin doğrusu, Divan'ın vermiş olduğu karar, geleneksel kabul gören tek taraflı devlet işlemlerinden özellikle söz verme (taahhüt) ile ilgili olmakla birlikte, karar sonrası yapılan tartışmalar sadece söz verme hakkında değil, genel olarak tek taraflı devlet işlemlerinin varlığı, bağlayıcılığı ve sonuçları hakkında olmuştur.

Divan'ın *Nükleer Denemeler Davası*'ndaki kararlarını, karara neden olan ihtilafı da içerecek şekilde kısaca görmemiz, konunun anlaşılmasına yardımcı olacaktır. *Nükleer Denemeler Davaları* olarak anılan davalar Divan'ın önüne Yeni Zelanda ve Avustralya tarafından Fransa'ya karşı getirilmiştir. Her iki davada da davacıların temel talebi, Fransa'nın Pasifik Okyanusu atmosferinde gerçekleştirdiği nükleer denemelerin hukuka aykırı olduğunun tespitidir. Fransa Divan'a karşı yetki itirazında bulunmuşsa da dava sürerken üst düzey devlet yetkilileri vasıtasıyla aynı nitelikteki nükleer denemeleri sonlandıracağını beyan etmiştir. Divan ise bu beyanlarla uyuşmazlık konusunun ortadan kalktığına ve esas hakkında karar vermeye gerek kalmadığına karar vermiştir. Bu kararı esnasında devletin tek taraflı deklarasyonunun devleti bağlayacak yükümlülükler yarattığını belirtmiştir[5]. Divan oldukça kesin ifadelerle o güne kadar tartışmalı olan devletin tek taraflı işlemlerinin varlığı ve bağlayıcılığını kabul etmiştir. Divan'ın ifadesiyle[6]:

"Tek taraflı eylemler yoluyla yaratılan hukuki ya da fiili durumlar ile ilgili olarak verilen beyanatların hukuki yükümlülükler yaratabileceği çok iyi bilinmektedir. Bu tarz beyanatlar çok özel olabilirler ve çok defa da öyledirler. Beyanda bulunan devletin niyeti, beyanatın kendi hükümlerine göre bağlayıcı olması şeklindeyse, bu niyet beyanata hukuki bir taahhüt karakteri verir ve Devlet, bu nedenle, hukuken beyanata uygun hareket etmeye mecburdur. Bu tarz bir taahhüt, eğer açıkça ve bağlanmak niyetiyle yapıldıysa, uluslararası görüşmeler bağlamında yapılmamış olsa bile, bağlayıcıdır. Bu şartlarda, beyanatın hüküm

ilgisini çekmesine neden olacak ölçüde belirgin özellikler taşımazlar. Bu dava ve olayların tek taraflı devlet işlemleriyle ilişkisi açısından ayrıntılı bilgi için bkz. **Çağıran**, s. 280-294. Rubin, Divan'ın kararına dek tek taraflı işlem teorisine dayanak oluşturacak bir doktrinin bulunmadığını söyler. Bkz. **Rubin**, s. 24.

5 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Çağıran**, s. 295-302.

6 **ICJ**, *Nuclear Tests Case (Australia vs. France)*, par. 43-44. Türkçe metin: **Gündüz, Aslan** (2014) Milletlerarası Hukuk – Konu Anlatımı, Temel Belgeler, Örnek Kararlar, Ed. Reşat Volkan Günel, 7. Baskı, İstanbul, Beta Basım, s. 64-5.

doğurması için quid pro quo (bedel, karşılık) niteliğindeki hiçbir şeye ya da beyanatın daha sonra kabulüne veyahut diğer devletlerden herhangi bir cevabın ya da reaksiyonun gelmesine gerek yoktur. Çünkü böyle bir gerekliliğin aranması, Devletin duyuruyla yapmış olduğu hukuki tasarrufun mutlak tek taraflı niteliğiyle bağdaşmaz.

Kuşkusuz tüm tek taraflı işlemler yükümlülük doğurmazlar; ama bir Devlet kendini bağlama niyetiyle özel bir meseleyle ilgili olarak belli bir tutumu takınmayı benimseyebilir. Niyet, işlemin yorumlanması yoluyla araştırılıp bulunmalıdır. Devletler hareket serbestilerini sınırlayacak beyanlarda bulunduklarında, kısıtlayıcı bir yorumun yapılması gerekir."

Divan'ın bu ifadelerle tek taraflı devlet işlemlerinin varlığını ve bağlayıcılığını tartışmasız kabul etmesi, ayrıntıları bu makalenin kapsamı dışında kalan bazı tartışmalara yol açmıştır. Makalenin konusu açısından ilk tartışma, üzerinde çok da fazla teorik tartışma yapılmamış olan tek taraflı devlet işlemlerinin varlığına ilişkin itirazların ortaya koyulmasıdır. Zira uluslararası hukukta hak ve yükümlülüklerin ancak andlaşmalar vasıtasıyla yaratılabileceğini kabul eden teorik yaklaşım, Divan'ın, başka bir devletin işlemine ihtiyaç kalmaksızın yükümlülük yaratılabileceği şeklindeki kararını kabul edilemez bulmuştur. Bu görüş taraftarlarının geçen süre içinde tek taraflı devlet işlemlerinin gördüğü genel kabule rağmen varlığını devam ettirdiğini de not etmek gerekmektedir[7].

[7] Türkçe literatürden bir örnek, Edip F. Çelik'in yaklaşımıdır. Çelik'e göre, "hukuk kuralı olmayan, hukuk kuralı üretmesi olanaksız bulunan tek taraflı işlemler … bir hukuk kuralına uyulması çağrısı yapan, bir kurala uyulmamasını kınayan ya da, bazı durumlarda yapılmasını bir hukuk kuralının zorunlu gördüğü işlemlerdir". Dolayısıyla "tek taraflı işlemler milletlerarası ilişkiler alanında hukuksal sonuçlar doğurabilmekle beraber, bunlarla hukuk kuralı üretilmiş olmamaktadır". Bkz. **Çelik, Edip F.** (1984) Milletlerarası Hukuk – Birinci Kitap, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 53-54. Belik ise, 1966 gibi erken bir tarihte, iki taraflı işlemlerle aynı "ehemmiyette" olmasa da, uluslararası hukuk literatüründe sistemli incelemenin yeni başladığını dile getirir. Bkz. **Belik, Mahmut R.** (1966) 'Devletler Hukukunda Hukukî Tasarruflar' İÜHFM, C:32, S:2-4, s. 458. İngilizce literatürden ise Malcolm D. Evans'ın yorumu örnek verilebilir. Evans tek taraflı işlemlerin iki türlü olabileceğinden bahseder. İlkinde işlemi yapan devlet bu işlemi yapma tercihini tek başına kullanmış ancak sonuçları genel uluslararası hukukun kapsamına girmiştir. Diğer olası durumunda tek taraflı işlem belirsiz muhataplara yöneltilmiştir, işlemin sonuçları daha önceden var olan kurallar tarafından tanımlanmış değildir, işlemin sonuçlarını tanımlayan sadece işlemi yapan Devletin kastı/niyetidir. Ne var ki Evans'a göre UAD'nin bu ikinci türden işlemlerin var olabileceği şeklinde yorumlanan kararı mutlaka bu şekilde yorumlanmak zorunda değildir. Yazara göre tek taraflı denilen işlemin sonuç yaratabilmesi için ilgili devlet tarafından kabul edilmesi veya göz ardı edilerek reddedilmiş sayılması gerekir. Eğer gün gelir de bir devlet söz konusu işleme dayanarak hak iddia ederse, esasında bu iki taraflı bir ilişki tesis etme niyeti anlamına gelir. Bkz. **Evans, Malcolm D.** (Editör) (2010)

Divan kararıyla tetiklenen teorik tartışmaların ikinci ayağında "tek taraflı" nitelemesinin anlamı bulunmaktadır. Zira herhangi bir kayıt koymadan bakıldığı takdirde devletlerin her türlü işlemi tek taraflı mahiyettedir[8]. Ne var ki asıl tartışma, devletlerin her türlü eyleminin tek taraflı olmasından ziyade, Divan'ın formüle ettiği şekliyle açıkça deklare edilmiş bağlanma niyetine karşılık gelen tek taraflı eylemlerin kapsamının da çok geniş olduğu şeklindedir. Bu itirazdan kurtulmanın bir yolu olarak bazı yazarlarca ileri sürülen, uluslararası hukukun mevcut bir rejiminin dışında kalma koşulu da söz konusu tartışmaları sonlandırmaya yetmemektedir. Başka bir ifadeyle, bu görüşü savunan yazarlar, tek taraflı işlemden bahsetmek için, tek taraflı işlemin herhangi bir müzakere süreci dâhilinde gerçekleşmemiş olması şartını ileri sürerler. Bu açıdan bakıldığında, sözgelimi, bir çekince, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde[9] (VAHS) yer alan "tek taraflı beyan" ifadesine (md. 2) rağmen tek taraflı bir devlet işlemi olmayacaktır. Fakat söz konusu "otonomi" görüşünü ortaya koyan ve 1962 gibi erken bir tarihte tek taraflı devlet işlemleri hakkında ilk sistematik eseri kaleme alan Erik Suy, olağan çekincelerin tek taraflı devlet işlemi sayılmaması gerektiğini yönündeki görüşünü devam ettirmekle birlikte, uluslararası hukukun değişen ve gelişen yapısı içerisinde, çekince yasaklarına rağmen koyulan çekinceler ile yorum beyanlarının tek taraflı işlem niteliği üzerinde düşünmek gerektiğini belirtir[10].

International Law, 3. Baskı, Oxford, OUP, s. 111-2. Ayrıca bkz. **Kuzmarov, Betina** (2005) 'Unilateral Acts in International Relations: Accepting the Limits of International Law', C: 8, Yearbook of New Zealand Jurisprudence, ss. 77-97 (Uluslararası hukukun devletler arası niteliğine dayanarak tek taraflı devlet işlemlerinin hukukun hemen sınırında ama dışında olduğunu iddia eder).

8 Sözgelimi, Zemanek, tek taraflı devlet eylemlerini/işlemlerini sınıflandırırken andlaşma sürecindeki işlemleri (imza, onay, katılma, askıya alma, çekilme, fesih ve çekince), örf adet hukuku oluşturan eylemleri ve özerk (otonom) eylemleri (tanıma, protesto, savaşta tarafsızlık ilanı, feragat) sayar. Bkz. **Zemanek, Karl** 'Unilateral Legal Acts Revisited': Wellens, Karel (Editör) (1998) International Law: Theory and Practice – Essays in Honour of Eric Suy, Lahey/Boston/Londra, Martinus Nijhoff Publishers.

9 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi - Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969. Türkçesi: **Gündüz**, ss. 66-87.

10 **Suy, Erik** (2001) 'Some Unfinished New Thoughts on Unilateral Acts of States as a Source of International Law' Journal for Juridical Science, C: 26, S: 3, s. 5. Bunun yanında UHK'nin çekincelerle ilgili çalışmasının da çekincelerin tek taraflı devlet işlemi olması bakımından önemli sonuçları bulunmaktadır. Ayrıntıları makalemizin sınırları dışında kalan bu konu hakkında bir tartışma için bkz. **Chow, Pok Yin S.** (2017) 'Reservations as Unilateral Acts? Examining the International Law Commission's Approach to Reservations' International and Comparative Law Quarterly, C: 66, ss. 335-365.

Bu teorik ve hukuki tartışmaların yanında, tek taraflı devlet işlemlerinin uluslararası ilişkiler bakımından etkisi üzerine de çeşitli yorumlar yapılmıştır. Tek taraflı devlet işlemlerinin uluslararası hukukça tanınması gerektiğini dile getirenlere göre bu işlemler bilhassa müzakere imkanının olmadığı durumlarda işlevsel hâle gelmektedir. Bu konuda verilen en önemli örnek 1957'deki Süveyş Kanalı meselesidir. Mısır, 24 Nisan 1957'de Süveyş Kanalı'ndan geçişin bütün devletler için serbest olacağı açıklamasını yaparak, fiilen müzakere ve andlaşma sürecine girmekten kaçındığı İsrail özelinde ortaya çıkabilecek bir sorunu bertaraf etmeyi başarmıştır[11]. Bunun yanında, aşağıda tekrar değineceğimiz gibi, tek taraflı beyanların içeriğinin salt veya kısmen siyasi olması durumunda, beyan sahibinin uluslararası hukuk çerçevesinde bağlanma iradesinin tespitine ilişkin belirsizlik doğacağı, bu durumda uluslararası siyasetin kimi zaman çıkmaza gireceği endişeleri dile getirilmiştir[12].

B. ULUSLARARASI HUKUK KOMİSYONU'NUN ÇALIŞMASI

UAD'nin anılan kararının yarattığı ilgi ve etki, UHK'nin de konuyu gündeme almasına neden olmuştur. VAHS'nin kabulünden hemen iki yıl sonra, 1971'de, UHK konuyu gündemine almış fakat bir kodifikasyon sürecinin henüz yeterince gelişmemiş olduğu düşüncesiyle konunun ele alınması ertelenmiştir[13]. UHK'nin konuyu tekrar gündeme alması 1996 yılında gerçekleşmiştir[14].

---

[11] Bkz. **Eckart**, 108-114; **Virally, Michel** 'The Sources of International Law': Sorensen, Max (Editör) (1968) Manual of Public International Law, Londra, MacMillian, s. 156.

[12] Uluslararası ilişkiler söz konusu olduğunda, 'tek taraflı işlemler/eylemler' ifadesinin uluslararası hukuk bağlamından daha geniş ve çoğunca olumsuz anlamda kullanıldığını belirtmekte fayda var. Uluslararası ilişkiler/siyaset literatürü uluslararası ilişkilerde gittikçe artan tek taraflı, dolayısıyla da çoğunca da uluslararası güç dengesinde avantajlı bulunan devletlerin uluslararası hukukla bağlantısını koparmayı amaçlayan eylem ve işlemlerinin uluslararası hukukun gücünün zayıflaması anlamına geldiğinden şikayet eder. Sözgelimi Dupuy'ün çalışması bu tarz algı ve kullanıma örnek teşkil eder: **Dupuy, Pierre-Marie** (2000) 'The Place and Role of Unilateralism in Contemporary International Law' EJIL, C: 11, S:2, ss. 19-29. Sands ise, çalışmasında UHK'nin tek taraflı devlet işlemleriyle ilgili çalışmasına atıf yapmışsa da, meseleyi asıl olarak uluslararası ilişkiler bağlamında inceler ve konunun "bilhassa bir toplumun başka bir topluma kendi değerlerini dayatmasıyla birlikte ortaya çıktığı ve diğer toplumun bu dayatmaya razı olmadığı veya sessiz kalmadığı durumlarda ihtilaflı hâle geldiğini" söyler. Bkz. **Sands, Philippe** (2000) ' 'Unilateralism', Values and International Law' EJIL, C: 11, S:2, s. 293. Bunun yanında yine bu makalede ele aldığımız teknik anlamından daha geniş şekilde kullanmakla birlikte tek taraflı devlet işlemlerinin her zaman kötü olmayabileceğine ilişkin bir tartışma için bkz. **Bodansky, Daniel** (2000) 'What is so bad about Unilateral Action to Protect the Enivorenment' EJIL, C: 11, S:2, ss. 339-347.

[13] **Cedeño/Carzola**, s. 165.

[14] **BMGK**, A/RES/51/160, 30 Ocak 1997.

Komisyon'un çalışması on yıl devam etmiş ancak kendisinden beklenen bir kodifikasyon önerisi, yani Taslak Maddeler hazırlamak yerine, Komisyon biraz da aceleyle çalışmalarını bir Kılavuz İlkeler[15] ile tamamlamıştır[16].

Komisyon çalışmaları daha ilk baştan itibaren farklı görüşlerin birbirini ikna edemediği bir görünümde devam etmiştir. Uluslararası literatürde görülen farklı teorik yaklaşımlar ve diğer tartışmalı hususlar Komisyon tartışmalarına yansımış, hatta Kılavuz İlkeler'in sunulduğu son raporda da çalışmalara yön veren bu bakış farklılığına işaret edilerek, bir anlamda, çalışma sonucunun kısıtlılığı kabul edilmiştir.

Rapora göre, çalışmaya içeriğini kazandıran, tek taraflı devlet işlemlerine yönelik iki farklı bakış açısıdır: Bunların ilkinde "tek taraflı işlem" ifadesi, işlem sahibi devletin bağlanma iradesini açıkça ifade etmesine karşılık gelirken, diğerinde uluslararası düzlemde hukuki sonuç doğuran tek taraflı devlet davranışı/eylemi kastedilmektedir[17].

Kılavuz İlkeler, her ne kadar İlkeler'in yorumunda aksi iddia edilse de, tek taraflı devlet işlemlerini tanımlamaktan ziyade, kendi belirlediği dar anlamıyla -*stricto sensu*- tek taraflı işlemleri tanımlamaktadır. Zira İlkeler'in başlığında da "tek taraflı işlemler" değil, "tek taraflı beyanlar (*declarations*)" ifadesi yer almaktadır[18]. Buna göre, dar anlamıyla tek taraflı işlemlere karşılık gelen tek

---

[15] **Report of the International Law Commission** (2006) Fifty-eighth session, 'Chapter IX – Unilateral Acts of States', ss. 159-166.

[16] Daha doğru bir ifadeyle, Komisyon, Özel Raportör öncülüğünde Taslak Maddeler'in bir kısmını hazırlamış ve tartışmaya açmış olmasına rağmen, mevcut çalışma bir Kılavuz İlkeler'e dönüştürülmüştür.

[17] Komisyon çalışmaları üzerinde ayrıntılı ve titiz bir çalışma yürütmüş olan Kassoti, bu farklılığı Kıta Avrupası ile Anglo-Sakson hukuk kültürleri arasındaki anlayış farklarına bağlar. Nitekim "legal act" ifadesinin Türkçeye çevrilmesinde de bu farklılıktan kaynaklanan bir zorluk söz konusudur. Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde hukuki olaylar ve hukuki işlemler arasında ayırım yapılırken, hukuki işlemin arkasındaki hukuki işlem yapma iradesi öne çıkarılmış olur. Bunun yanında Anglo-Sakson hukuk kültüründeki yaklaşımda, hukuki fiiller/eylemler, hukukun gözünden bakılarak anlamlandırılır. Dolayısıyla Türk hukukunun da kavramsal kaynağını aldığı Kıta Avrupası hukuk kültüründen bakıldığında "tek taraflı devlet işlemleri"nden, Anglo-Sakson hukuk kültüründen bakıldığında "tek taraflı devlet eylemleri"nden bahsetmek gerekecektir. Bu bakış farklılığı, tek taraflı devlet işlemlerindeki bağlanma iradesi unsurunun tespitindeki tartışmalarda en belirgin hâlini almaktadır. Bkz. **Kassoti, Eva** (2013) 'Unilateral Legal Acts Revisited: Common Law v. Civil Law Approaches and Lessons from the International law Commission's (Failed) Attempt to Codify Unilateral Acts of States', C. 26 Hague Yearbook of International Law, ss. 168-200.

[18] Bu daraltma, özellikle "susma" gibi eylemlerin tek taraflı işlem mahiyetini tartışma dışında bırakmış olur. Zira susma, kendisine hukuki sonuç bağlanan önemli bir tek taraflı eylem/işlem mahiyetindedir. Susmanın UHK'nin çalışması dışında bırakılmasına ilişkin bir eleştiri için bkz. **Eckart**, s. 21-22.

taraflı beyanlar, alenen yapıldıkları ve bağlanma iradesini ifade ettikleri takdirde hukuki yükümlülük yaratan sonuç doğurabilirler (md. 1).

C. TEK TARAFLI DEVLET İŞLEMİNİN UNSURLARI

Üzerinde uzlaşılmış bir tanımın yokluğu ve UHK'nin çalışmasının da böyle bir tanım veremediği bir durumda, yine de ilgili literatürden ve UHK'nin çalışmasından tek taraflı devlet işleminin unsurlarını, en azından makalenin konusunu oluşturan bildirimlerin tek taraflı devlet işlemi sayılıp sayılmayacağına karar verecek ölçüde tespit etmek olanaklıdır.

Bu çerçevede tek taraflı devlet işleminin, (a) devlete atfedilebilecek, (b) tek taraflı, (c) hukuken bağlanma niyeti ifade eden bir (d) uluslararası hukuka uygun eylem olduğunu söyleyebiliriz[19].

Literatürde, devlete atfedilebilme, devlet beyanları (*declarations*) söz konusu olduğunda, VAHS'nin andlaşma akdetme yetkisine ilişkin düzenlemelerine uygun şekilde ele alınmaktadır[20]. Bunun dışında, özellikle tanıma söz konusu olduğunda, devlete atfedilen çeşitli eylemler, susma söz konusu olduğunda ise, 'yapmama' eylemi, devlete atfedilen bir eylem olarak tek taraflı işlem mahiyeti kazanacaktır.

Tek taraflı devlet işlemlerinin belki de en büyük tartışma yaratan unsuru, işlemin tek taraflılığıdır. Daha önce de belirttiğimiz gibi, andlaşmayı uluslararası hukukun yegâne kaynağı gören yaklaşımlara göre ya tek taraflı işlem/eylem hukuk yaratamaz yahut da tek taraflı denilen işlemler esasında ya bir anlaşmanın unsuru sayılmalı yahut da ancak açık veya örtülü bir kabulün varlığı hâlinde işlem tamamlanmış kabul edilmelidir[21]. Devletlerin bütün eylemlerini kapsaya-

---

[19] Benzer belirleme için bkz. **Çağıran**, s. 28-113; **Eckart**, 19-23; **Degan**, s. 169-173.

[20] Nitekim UHK Kılavuz İlkeleri md. 4 şu şekildedir: "Tek taraflı bir beyan Devleti uluslararası hukuk açısından ancak bu şekilde sonuç doğurma yetkisine sahip bir makam tarafından açıklandığı takdirde bağlar. Devlet Başkanları, Hükümet Başkanları ve Dışişleri Bakanları, işlevleri itibarıyla, bu tip beyanlarda bulunmaya ehildirler. Devleti spesifik alanlarda temsil eden diğer kişiler Devleti yetki alanları çerçevesinde beyanları vasıtasıyla bağlamaya yetkilendirilebilirler."

[21] Tek taraflı işlemin uluslararası hukukun andlaşma temelli teorik çerçevesinin dışında kalmasına ilişkin tarihsel bir inceleme için bkz. **Degan, Vladimir-Djuro** (1994) 'Unilateral Act as a Source of Particular International Law' Finnish Yearbook of International Law, C: 5, ss.150-173.

cak, böylece de arzu edilen teorik destekten mahrum bırakacak bir geniş anlamdansa, eylemin tek taraflılığı ile, herhangi bir müzakere sürecine tabi olmayan, mevcut uluslararası hukuk rejimlerinden herhangi birinin kapsamına girmeyen ve tamamlanmış sayılmak için başka bir devletin kabulüne yahut şu veya bu türden tepkisine ihtiyaç duymayan işlemlerin kastedilmesi uygun görünmektedir[22]. Ancak bu durumda dahi, andlaşma temelli uluslararası hukuk düşüncesinden sapılmış olması gerektiği açıktır.

Hukuken bağlanma niyeti unsuru, devletlerin salt siyasi eylemlerine uluslararası hukuk bakımından bağlayıcılık atfetmeme konusunda önem kazanmaktadır. Böyle bir niyetin varlığının aranması, devletlerin egemenliği ilkesinin sonucudur[23]. Nitekim gerek literatürde gerekse UHK çalışmaları sırasında farklı devletlerin temsilcileri tarafından dile getirilen düşüncelerde, tek taraflı devlet işlemlerinin bağlayıcılığına temkinle yaklaşılmasının en büyük sebebi olarak, bu politik eylemlere hukuki bağlayıcılık atfedilmesi ihtimali ortaya çıkmaktadır. Bunun olumsuz bir sonucu da, uluslararası siyasetin işleyişinin sekteye uğraması olarak görülmektedir[24]. UHK'nin çalışması beyanlarla sınırlı olmasına rağmen, bu sınırlılık dahi devletlerin salt siyasi nitelikli açıklamalarıyla hukuki bağlanma niyetlerinin karışması ihtimalini ortadan kaldırmaz[25]. Nitekim gerek Divan'ın *Nükleer Denemeler Davaları*'ndaki kararı, gerekse UHK'nin çalışması, 'açık beyan'a atıf yapmakla birlikte, tek taraflı devlet işlemindeki hukuki bağlanma iradesinin, işlemin yapıldığı dönemin koşullarıyla birlikte değerlendirilmesi gerektiğine işaret etmektedir. Ayrıntıları bu makalenin sınırları dışında kalan ve tek taraflı devlet işleminin bağlayıcılığının kaynağı olarak da işlenen '*estoppel*' ilkesi de bir yönüyle tek taraflı işlemin sahibi devlet dışındaki devletlerin bu işleme makul şekilde yükledikleri anlama güvenerek işlem tesis

---

22 **Goodman**, s. 48-9.

23 **Goodman**, s. 55.

24 Mesela, Divan'ın kararını vermesinden kısa süre sonra devlet pratiği ile doktrine ilişkin önemli bir çalışmayı kaleme alan Rubin, "devletlerin niyetlerini ilan etme yönündeki cesaretlerini kırmak, gerçekten iyi bir politika mıdır?" diye sorar. Bkz. **Rubin, Alfred P.** (1977) 'The International Legal Effects of Unilateral Declarations' American Journal of International Law, C: 71, s. 30.

25 Koskenniemi'ye göre nesnel olanı öznel olandan ayırmak mümkün olmayacağından tek taraflı hukuki işlemlerin siyasi eylemlerden ayrılması mümkün değildir. Bkz. **Martti, Koskenniemi** (2006) From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument, 1. Baskı, Cambridge vd., CUP, s. 345-355.

etmelerini ifade eder[26]. Bu durumda bağlanma iradesi, iyi niyet kavramı çerçevesinde yorumlanarak tespit edilmesi gereken bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır.

Nihayet devlet işleminin/eyleminin, uluslararası hukuka uygun bir işlem/eylem olması gerekmektedir. Bu belirleme, özellikle devletin hukuka aykırı eylemlerinden doğan sorumluluğunu tek taraflı devlet işlemleri rejimi haricinde tutmak bakımından önem taşır. Bunun doğal sonucu, devletin başka bir andlaşmayla yüklenmiş olduğu yükümlülükleri ihlal eden bir işleminin/eyleminin de tek taraflı işlem kabul edilmemesini gerektirir[27]. Bunun yanında UHK'nin çalışması da, "Genel uluslararası hukukun emredici bir normuyla çatışan tek taraflı beyanlar geçersizdir" şeklinde hüküm içermektedir (md. 8).

II. GELENEKSEL KABUL GÖRMÜŞ TEK TARAFLI DEVLET İŞLEMLERİ VE BİLDİRİM

Geleneksel olarak kabul edilen tek taraflı devlet işlemleri (a) tanıma, (b) protesto, (c) vazgeçme/feragat ve (d) söz vermedir (taahhüt).

A. TANIMA

Tanıma, bir uluslararası hukuk kişisinin başka gerçek yahut öyle olduğu iddia edilen bir uluslararası hukuk kişisinin bu statüsünü veya fiilî bir durumun geçerliliğini uluslararası hukuk bakımından kabul eden beyanıdır[28]. Hiç kuşkusuz tanımanın uluslararası hukukta en çok gündeme gelen ve tartışma konusu yapılan türü, bir siyasi formasyonun devlet yahut bir devletin yönetiminin meşru olarak kabul edildiği devlet işlemleridir[29].

---

[26] Estoppel ilkesi, kaynaklandığı Anglo-Sakson hukukunda olduğu gibi, bir devletin belli yöndeki eylem ve işlemlerine güvenmek suretiyle hareket eden ve pozisyon alan iyi niyetli muhatap devletlerin bu iyi niyetli hareketlerinin, daha sonra aksi yöndeki başka bir eylem veya işlemle boşa çıkarılmaması anlamına gelir. Bkz. **Kassoti**, s. 177-183; **Çağıran**, s. 385-8.

[27] **Goodman**, s. 55.

[28] **Shaw, Malcom N.** (2016) International Law, 7. Bası, Cambridge vd., Cambridge University Press, s. 322. Farklı ifade ve vurgularla da olsa benzer tanımlar için ör. bkz. **Gündüz**, s. 61; **Pazarcı**, s. 125; **Çağıran**, s. 161; **Toluner**, s. 71; **Crawford**, s. 144; **Belik**, s. 459; **Bozkurt, Enver/Kütükçü, M. Akif/Poyraz, Yasin** (2012) Devletler Hukuku, Gözden geçirilmiş 7. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 101.

[29] **Crawford**, s. 144.

Konumuzla bağlamında tanımaya ilişkin dile getirilmesi gereken en önemli hususlar şunlardır:

Bir durumun/olayın tanınması söz konusu olduğunda, tanıyan devlet bu eylemiyle söz konusu olayla ilgili bazı yükümlülükler altına girmiş olur. Sözgelimi, üzerinde egemenlikle ilgili bir ihtilafın bulunduğu bir toprak parçasının bir devlete ait olduğunun tanınması hâlinde, tanıyan devlet bu toprak parçası üzerindeki faaliyetlerini sonlandırmakla yükümlü olacaktır[30].

Bir devletin tanınması durumunda, tanıyan devlet bu devletle mevcut uluslararası hukuk rejimine bağlı ilişkiler yürütmek durumunda kalacaktır. Bu ilişkilerin en başında, uluslararası andlaşmalar yapmak gelir[31]. Böylece tanıdığı devlete, uluslararası hukuktan kaynaklanan haklarını mevcut uluslararası hukuk çerçevesinde kendisine karşı ileri sürme hakkı da vermiş olur[32].

Devletlerin veya hükümetlerin tanınması söz konusu olduğunda, tanıma işlemi geçmişe etkili sonuç doğuracak, tanıyan devlet, tanıdığı devlet veya hükümetin daha önceki işlem ve kazanımlarını, varsa andlaşmalara halefiyetini kabul etmiş olacaktır[33].

Tanımanın iç hukuka etkisi bakımından da, tanıyan devletin ulusal mahkemeleri tanıma işlemine etkililik kazandıracak şekilde uluslararası hukukun ilgili kuralları uyarınca işlem yapmak durumunda kalacaktır[34].

B. PROTESTO

Protesto (kınama), "bir hukuk kişisinin belirli bir durumu, bir davranış ya da bir iddiayı yasal bulmadığını belirten ve bu yolla kendi çiğnenen ya da tehdit edilen haklarını saklı tutmayı amaçlayan bir tek taraflı hukuksal işlemdir"[35].

---

30 **Çağıran**, s. 176; **Degan**, s. 254.

31 **Pazarcı**, s. 347.

32 Tanınan devletin haklarının varlığı, tanıma işlemiyle yaratılmış olmaz ancak bunları ileri sürme imkânı tanıma vasıtasıyla ortaya çıkar. Bkz. **Shaw**, s. 340.

33 **Acer, Yücel/Kaya, İbrahim** (2015) Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 6. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 127.

34 **Shaw**, s. 340-1; **Degan**, s. 254.

35 **Pazarcı**, s. 127. Benzer tanımlar için bkz. **Caşın**, 208; **Toluner**, s. 71; **Belik**, s. 460.

Protesto eyleminin/işleminin doğurduğu hukuki sonuç, hakları saklı tutma, koruma anlamı ifade etmektedir. Bu yönden protestonun da, tıpkı bu makalenin konusunu oluşturan bildirim gibi, gerçekten bir tek taraflı devlet işlemi olup olmadığı konusu tartışmalıdır[36]. Zira protesto eylemi, tek taraflı devlet işleminin standart tanımında bulunan "kendisi için yükümlülük yaratma" unsurunu taşımaz gibi görünmektedir. Bu duruma ve üzerindeki tartışmalara rağmen protesto bir tek taraflı devlet işlemi olarak görülmektedir. Bu sonuca ulaşılmasının en büyük nedeni, "kendisi için (hukuki) yükümlülük yaratma" niyet ve kapasitesinin, "diğer devletlerle arasındaki hukuki ilişkilerde değişiklik yapma" niyet ve kapasitesi şeklinde daha geniş şekilde okunabileceği yönündeki kanaattir[37]. Bu "değişiklik yapma" iradesini ise ileride meydana gelebilecek muhtemel bir hak kaybını önleme kastı olarak düşünmek gerekmektedir. Çünkü protesto çoğunca tanıma işleminin tam tersi olarak görülür. Protesto işleminde bulunan devlet, böylece belli bir durumun kendisine karşı ileri sürülmesini engellemiş olmaktadır. Bununla birlikte protestonun bu mahiyeti itibarıyla protesto eden devlet bakımından bir yükümlülük yaratmaktan ziyade bir hak yarattığı, bir hakkın varlığının hakka karşılık gelen bir yükümlülüğün varlığına ihtiyaç duyduğu düşünülecek olursa, protestonun muhatap veya ilgili devletler bakımından yükümlülük yarattığının kabulü gerekecektir[38]. Tek taraflı işlem teorisine ilişkin ayrı bir tartışmanın konusu olan bu mesele ayrı bir çalışmaya bırakarak, protestonun tek taraflı devlet işlemi sayılmasının, teorik temelleri açıkça tartışma konusu yapılmasa bile devletin tabi olduğu uluslararası hukuk çerçevesinde bir sonuç yaratma kapasitesi olduğunu söyleyebiliriz[39].

C. VAZGEÇME

Vazgeçme (feragat), "bir hukuk kişisinin sahip olduğu bir hakkını bundan böyle kullanamayacağını ve bu hakkın sona erdiğini öteki kişilerin rızasına bağlı olmaksızın bildirmesi işlemidir"[40].

---

36 **Eckart**, s. 33.

37 **Eckart**, s. 33-4.

38 **Çağıran**, s. 218-9.

39 Bkz. J.P. Jacque'den aktaran **Çağıran**, s. 218. Benzer görüş için: **Degan**, s. 25-9.

40 **Pazarcı**, s. 126. Benzer tanımlar için bkz. **Caşın**, s. 209; **Gündüz**, s. 62; **Toluner**, s. 70; **Eckart**, s. 34; **Belik**, s. 460.

Vazgeçme, yükümlülükleri değil hakları sona erdirir[41]. Bunun yanında vazgeçme, sadece tek taraflı devlet işlemiyle gerçekleşmez. "Hak yitirici vazgeçme" ve "hak devredici vazgeçme" olarak anılan iki vazgeçme türü bulunmaktadır[42]. Hak devredici vazgeçmenin kendisiyle kastedilen sonucu doğurması için vazgeçen devletten başka bir uluslararası hukuk kişisinin açık veya örtülü kabulüne ihtiyaç olması nedeniyle[43], kimi tartışmalar bulunmakla birlikte[44], tek taraflı işlem kabul edilmesi zor görünmektedir[45]. Ancak hak yitirici vazgeçme işlemleri de sadece tek taraflı işlemden doğmaz. Kimi andlaşmalar da devletler açıkça bazı haklarından vazgeçtiklerini bildirirler[46]. Dolayısıyla vazgeçme işlemi tümüyle ve tek başına bir tek taraflı devlet işlemi değildir fakat tek taraflı işlemle gerçekleştirilebilen bir tasarruftur.

Vazgeçme ile devlet, kendisi adına dolaylı yoldan yükümlülük yaratmış olur zira vazgeçmenin konusu bir yükümlülüğün yaratılması değil bir hakkın vazgeçen devlet açısından ortadan kalkmasıdır. Böylece devlet daha önce sahip olduğu hakkın konusuyla ilgili tasarrufta bulunmama yükümlülüğü altına girmiştir. Sözgelimi, eğer bir toprak parçası veya deniz alanı üzerindeki egemenlik hakkından vazgeçmişse, bu alanlarda artık egemenlik yetkisi tasarrufu anlamına gelen eylemlerden kaçınmak zorunda kalacaktır[47].

D. TAAHHÜT

Taahhüt (tek taraflı söz verme), "bir uluslararası hukuk kişisinin belli bir konuda belli bir biçimde davranacağını hiçbir karşılık koşulu koymadan ve öteki kişilerce kabul edilmesi aramadan belirten tek taraflı bir irade açıklamasıdır"[48]. Makalemizin ilk bölümünde yaptığımız incelemede UAD'nin Nükleer Denemeler Davaları kararlarına ve UHK'nin çalışmasına atıfla ele aldığımız tek

---

41 **Pazarcı**, s. 127.

42 Bkz. **Pazarcı**, s. 126; **Çağıran**, s. 245.

43 **Pazarcı**, s. 127.

44 Tartışma için bkz. **Çağıran**, 248-254.

45 Toluner vazgeçme tanımında "bir başkasına devretmeksizin" kısmını vurgulayarak dile getirir. Bkz. **Toluner**, s. 70. Ayrıca bkz. **Eckart**, s. 35.

46 **Çağıran**, s. 245-6; **Degan**, s. 221.

47 **Çağıran**, s. 250.

48 **Pazarcı**, s. 129. Ayrıca bkz. **Çağıran**, s. 279; **Caşın**, s. 211; **Gündüz**, s. 62.

taraflı işlem konusu, ağırlıklı olarak taahhüt ile ilgili olduğundan makalenin konusu amaçları çerçevesinde kısaca şunları söyleyebiliriz:

Devlet taahhüt işlemiyle belli bir şekilde davranacağını açıklamış olmaktadır. Devletin taahhüdü gelecekteki olumlu veya olumsuz eylemleriyle ilgili olabilir[49]. Böyle bir açıklamayla devlet, açıklamasının kapsamı çerçevesinde ilgili devletlere karşı uluslararası hukuk çerçevesinde yükümlülük altına girmektedir. Böyle bir yükümlülüğün yaratılması için başka bir devletin kabul veya onayına gerek yoktur[50].

III. BİLDİRİMİN TEK TARAFLI DEVLET İŞLEMİ NİTELİĞİ ÜZERİNE DEĞERLENDİRME

Devletler bildirim yoluyla "diğer devletlere bazı olay ve vakıaların hukuki önemi haiz olduğunu bildirir"[51]. Bazı yazarlar bildirimi "tek taraflı işlemler" başlığı altında incelese veya bu şekilde nitelese de, bildirimin bu niteliğini tartışma konusu yapmaz[52].

Bildirim uluslararası hukuk metinleri ile devlet pratiğinde çokça karşılaşılan bir uygulamadır. Pek çok uluslararası andlaşma devletleri belirli durumlarda bildirimde bulunmaya zorlar. Ancak tek taraflı işlemin tanımı gereği andlaşmalar hukuku kapsamında yer alan zorunlu bildirim uygulamasını tek taraflı işlem kabul etmek mümkün değildir zira bu bildirimler "otonom" değildirler.

---

49 **Eckart**, s. 29.

50 **Degan**, s. 188.

51 **Oppenheim's International Law**, s. 1193.Benzer tanımlar için bkz. **Pazarcı**, s. 124; **Toluner**, s. 72; **Beliğ**, s. 459; **Gündüz**, s. 63; **Caşın**, s. 209; **Dominick, Mary F.** 'Notification': Bernhardt, Rudolf (Editör) (1986) Encyclopedia of International Law, Vol: 9, Amsterdam, Elsevier, s. 288.

52 Ör. bkz. **Pazarcı**, s. 124 (Yazar bildirimi "tek-taraflı uluslararası hukuk işlemleri" başlığı altında incelemekle birlikte, bildirimin "hukuksal etkisi[nin] ancak ilgili devletin tek-taraflı değerlendirmesini kayıtlara geçirmek ve haklarını saklı tuttuğunu açıklamak biçiminde kendini göster[diği]" kaydını koyar). Bildirimi tek taraflı işlemler arasında sayan Toluner ile Belik'e göre andlaşmalar hukuku haricinde ortaya çıkan ihtiyari bildirimin tek sonucu, bildirimi alan devletin bildirim konusunu bilmediğini iddia edememesidir (**Toluner**, s. 72; **Belik**, s. 459). Oppenheim da aynı şekilde bildirimin amacının diğer devletlerinin bilmedikleri mazeretine sığınmasını engellemek olduğunu söyler: **Oppenheim's International Law**, s. 1193. Gündüz ve Caşın'a göre "tebliğde bulanan devlet, diğer devletleri önemli hukuki sonuçlar doğuracak tepkilerde bulunabilecekleri ya da kendi hukuki durumlarını ve haklarını kullanabilecekleri bir duruma sokar" (**Gündüz**, s. 63; **Caşın**, s. 209).

Öyleyse tek taraflı işlemler bakımından tartışılması gereken, "ihtiyarî" bildirimlerdir.

UHK'nin çalışmasında Özel Raportör Víctor Rodríguez Cedeño'nun ilk ve yedinci raporlarında bildirimin tek taraflı işlem olma niteliği üzerinde durulmuştur. İlk raporda kısaca bildirimin daha önce var olan bir hukuki eylemle/işlemle bağlantılı olması nedeniyle kendiliğinden hukuki sonuç doğurmadığı belirtilmiş[53], yedinci raporda ise, nispeten daha uzun yer ayrılmakla birlikte, konu hakkında görüş bildiren devletlerin görüşleri ile literatür özetlenerek, ilk rapordaki görüşün aksine ulaşmayı zorunlu kılacak bir tartışma yürütülmemiştir[54].

Bildirimin tek taraflı hukuki işlem görmeyen Çağıran, aksi yöndeki görüşü savunmak için bildirimin bir irade açıklaması ve hukuki sonuç doğurması gerektiğini söyler. Çağıran'ın kurgusal örneğine göre, bir devletin yetkili organları başka bir devleti tanıma kararı alırlar. Daha sonra bu tanıma kararı ilgili devlete bildirilir. Eğer bildirim tek taraflı hukuki işlem kabul edilecek olsa, tanıyan devletin yükümlülüğünün başladığı ân, yani tanımanın hukuki sonuçlarının doğmaya başladığı ân, bildirimde bulunma ânı olacaktı. Ancak esasında tanıyan devletin tanıma kararını aldığı ân tanıma işlemi sonuç doğurmuş olmaktadır. Üstelik tanıma söz konusu olduğunda, bildirim ne zaman yapılırsa yapılsın, hatta hiç yapılmasa bile, zımnen tanımayı mümkün kılan durumlar söz konusu olabilmektedir[55].

Yine bildirimin tek taraflı işlem sayılmaması gerektiğini savunan Eckart da, bir işlemin/eylemin tek taraflı işlem sayılabilmesi için, uluslararası hukukun sadece bildiride belirmiş bilgiye değil, bildirimle ifade edilmiş iradeye hukuki sonuç bağlaması gerektiğini söyler. Devletin bildiriminde yer alan bilginin önemli hukuki sonuçları olabilir. Sözgelimi böyle bir bildirim üzerine uluslararası hukuk uyarınca bildirimin içeriğine protesto çekmek gerekebileceği gibi, böyle bildirimi alan devletin ekolojik bir zararı engelleme yükümlülüğü doğ-

---

[53] **Cedeño, Víctor Rodríguez** (1998) First report on unilateral acts of States, A/CN.4/486, 5 Mart 1998, par. 52-54.

[54] **Cedeño, Víctor Rodríguez** (2004) Seventh report on unilateral acts of States, 22 Nisan 2004, A/CN.4/542, par. 170-178.

[55] **Çağıran**, s. 138.

masını engellemek için belli şekilde davranması gerekebilir. Ancak bu tip durumlarda hukuki sonuç bağlanan bildirimin kendisi değil, bildirimin içeriğindeki bilgidir. Nitekim böyle bir bilgiden haberdar olmak, ilgili devleti kendisine ulaşan herhangi bir bildirim olmaksızın da belli şekilde davranmaya itebilecekti. Dolayısıyla eğer bir bilginin bir devlet tarafından bilinmesi onun için bazı hukuki sonuçlar doğuracaksa, bildirim hukuki sonucun nedeni değil, sadece vasıtası olmaktadır. Resmi bir bildirim elbette ilgili devletin bilgilendirilmiş olduğunu ispat bakımından güçlü bir yardımcı olacaktır ama yine de bu, onun belli bir hukuki sonuç doğurmuş olduğu anlamına gelmez[56].

Tanımından yola çıkarak tekrarlayacak olursak, bildirim, bir devletin başka devlet veya devletleri belli bir durumdan "haberdar" etmesi anlamına gelir. Bu durumda bildirim, bildirimden önceki bir duruma bağlıdır. Bu niteliğiyle bizzat kendisi bir hukuki sonuç doğurmaz. Nitekim eğer bildirimin bu şeklî ve araçsal özelliği dikkate alınmazsa, diğer hukuki işlemleri birbirinden ayıracak herhangi bir ölçüte sahip olamayız. Zira tanıma, protesto, vazgeçme ve taahhüt işlemleri de çoğu durumlarda her zaman bir bildirme eylemiyle belirginleşir. Fakat bu eylemlerde işlemi oluşturan ve hukuki niteliğini veren bildirme eyleminin kendisi veya şekli değil, bildirme eyleminin içeriği olmaktadır.

Yukarıda anılan yazarların da belirttiği gibi, bir işlemin/eylemin tek taraflı hukuki işlem olabilmesi için hukuken bağlanma niyeti ifade eden bir açıklama olması gerekmektedir. Bildirim, tanımı itibarıyla hukuken bağlanma niyeti içermez. Nitekim hukuken bağlanma niyeti ifade eden açıklama türleri, amaçlarına göre farklı isimlerde, yani tanıma, taahhüt, vazgeçme veya protesto türlerinde ortaya çıkabilmektedir. Dolayısıyla, salt şekli bir uygulama olarak bildirimin tek taraflı işlem olarak nitelenmesi uygun değildir.

[56] **Eckart**, s. 37.

SONUÇ

Tek taraflı devlet işlemi, (a) devlete atfedilebilecek, (b) tek taraflı, (c) hukuken bağlanma niyeti ifade eden bir (d) uluslararası hukuka uygun eylemdir.

Tek taraflı işlemler devlet pratiğinde çokça görülmesine rağmen uluslararası hukukta görece az tartışılmıştır. Bunun yanında tek taraflı işlemlere yönelik bir teori halihazırda oluşturulabilmiş değildir. UAD'nin Nükleer Denemeler Davaları kararlarından sonraki dönemde daha fazla tartışılmaya başlayan konu hâlâ uluslararası hukukçular arasında hem teorik arkaplan yokluğu hem de farklı sınıflandırmalar ile gündeme gelmektedir.

Uluslararası hukuk literatürü tek taraflı devlet işlemlerinin hukuki niteliği üzerine ittifak etmemiş, teorik bir yaklaşım geliştirmemiş ve farklı listeler sunuyor bile olsa, genellikle anılan tek taraflı işlemler (1) tanıma, (2) protesto, (3) vazgeçme, (4) taahhüttür. Çalışmamızda, kimi zaman bu listeye dahil edilen bildirimin (tebliğ) tek taraflı devlet işlemi olup olmadığını değerlendirmeyi amaçlanmıştır.

Tutarlı ve yaygın kabul görmüş bir teorik yapı ve tanım olmasa bile, yukarıda belirtilen unsurları bakımından değerlendirildiğinde, ihtiyari bildirimin hukuki bir sonuç doğurma kapasitesine sahip bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Zira bildirimin işlevi, diğer devletlere bazı durum veya olayların doğruluğunu bildirmekten ibarettir. Dolayısıyla bildirim mahiyeti itibariyle hukuki sonuç doğuramaz.

Eğer geniş anlamıyla ele alırsak bildirim diğer tek taraflı işlemlerde de karşımıza çıkabilmektedir. Dolayısıyla eğer ortada hukuki sonuç doğuran bir bildirme işlemi varsa, bunun nedeni bildirimin kendisi değil, bildirimin konu edindiği olay olacaktır. Sonuç olarak, bildirimin tek taraflı işlemler listesi içinde anılması teorik yönden desteklenebilecek bir durum değildir.

KAYNAKÇA

Acer, Yücel/Kaya, İbrahim (2015) Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 6. Baskı, Ankara, Seçkin.

Belik, Mahmut R. (1966) 'Devletler Hukukunda Hukukî Tasarruflar' İÜHFM, C:32, S:2-4, ss. 456-466.

BMGK, A/RES/51/160, 30 Ocak 1997.

Bodansky, Daniel (2000) 'What is so bad about Unilateral Action to Protect the Enivorenment' EJIL, C: 11, S:2, ss. 339-347.

Bozkurt, Enver/Kütükçü, M. Akif/Poyraz, Yasin (2012) Devletler Hukuku, Gözden geçirilmiş 7. Baskı, Ankara, Yetkin.

Caşın, Mesut Hakkı (2013) Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları, C: 1, 1. B., İstanbul, Legal Yayıncılık.

Cedeño, Víctor Rodríguez (1998) First report on unilateral acts of States, A/CN.4/486, 5 Mart 1998.

Cedeño, Víctor Rodríguez (2004) Seventh report on unilateral acts of States, 22 Nisan 2004, A/CN.4/542.

Cedeño, Victor Rodrígez/ Cazorla, Maria Isabel Torres 'Unilateral Acts of States in International Law': Rüdiger Wolfrum (Editör) (2012) The Max Planck Encyclopedia of International Law, C: X, 1. B., Oxford, OUP.

Chow, Pok Yin S. (2017) 'Reservations as Unilateral Acts? Examining the International Law Commission's Approach to Reservations' International and Comparative Law Quarterly, C: 66, ss. 335-365.

Crawford, James (2012) Brownlie's Principles of International Law, 8. Bası, Oxford vd., OUP.

Çağıran, Mehmet Emin (2005) Uluslararası Hukukta Devletin Tek Taraflı İşlemleri, 1. B., Ankara, Platin Yayınları.

Çelik, Edip F. (1984) Milletlerarası Hukuk – Birinci Kitap, İstanbul, Filiz Kitabevi.

Degan, Vladimir-Djuro (1994) 'Unilateral Act as a Source of Particular International Law' Finnish Yearbook of International Law, C: 5, ss. 149-266.

Dominick, Mary F. 'Notification': Bernhardt, Rudolf (Editör) (1986) Encyclopedia of International Law, Vol: 9, Amsterdam, Elsevier, s. 288-290.

Dupuy, Pierre-Marie (2000) 'The Place and Role of Unilateralism in Contemporary International Law' EJIL, C: 11, S:2, ss. 19-29.

Eckart, Christian (2012) Promises of States under International Law, 1. B, Oxford, Hart Publishing.

Evans, Malcolm D. (Editör) (2010) International Law, 3. Bası, Oxford, OUP.

Fiedler, Wilfreid 'Unilateral Acts in International Law': Rudofl Bernhardt (Editör) (1984) Encyclopedia of International Law, C: 7, 1. B., Amsterdam-Oxford-New York, North Holland.

Goodman, Camille (2006) 'Acta Sunt Servanda – A Regime for Regulating the Unilateral Acts of States at International Law' Australian Yearbook of International Law, C: 25, ss. 43-73.

Gündüz, Aslan (2014) Milletlerarası Hukuk – Konu Anlatımı, Temel Belgeler, Örnek Kararlar, Ed. Reşat Volkan Günel, 7. Baskı, İstanbul, Beta Basım.

ICJ, *Nuclear Tests Case (Australia vs. France)*, Judgment of 20 December 1974, I.C.J. Reports 1974, ss. 253-274.

Kassoti, Eva (2013) 'Unilateral Legal Acts Revisited: Common Law v. Civil Law Approaches and Lessons from the International law Commission's (Failed) Attempt to Codify Unilateral Acts of States', Hague Yearbook of International Law, C. 26, ss. 168-200.

Kuzmarov, Betina (2005) 'Unilateral Acts in International Relations: Accepting the Limits of International Law, C: 8, Yearbook of New Zealand Jurisprudence, ss. 77-97.

Martti, Koskenniemi (2006) From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument, 1. Baskı, Cambridge vd., CUP.

Jennings, Sir Robert / Watts, Arthur (Editörler) (1996) Oppenheim's International Law, 9. Bası, Londra ve New York, Longman.

Pazarcı, Hüseyin (2011) Uluslararası Hukuk, 10. B., Ankara, Turhan Kitabevi.

Report of the International Law Commission (2006) Fifty-eighth session, 'Chapter IX – Unilateral Acts of States', ss. 159-166.

Rubin, Alfred P. (1977) 'The International Legal Effects of Unilateral Declarations' American Journal of International Law, C: 71, ss. 1-30.

Sands, Philippe (2000) ' 'Unilateralism', Values and International Law' EJIL, C: 11, S:2, ss. 291-302.

Shaw, Malcom N. (2016) International Law, 7. Bası, Cambridge vd., Cambridge University Press.

Suy, Erik (2001) 'Some Unfinished New Thoughts on Unilateral Acts of States as a Source of International Law' Journal for Juridical Science, C: 26, S: 3, ss. 1-11.

Thirlway, Hugh (2014) The Sources of International Law, Oxford, Oxford University Press.

Virally, Michel 'The Sources of International Law': Sorensen, Max (Editör) (1968) Manual of Public International Law, Londra, MacMillian, ss. 116-174.

Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi - Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969. Türkçesi: **Gündüz**, ss. 66-87.

Zemanek, Karl 'Unilateral Legal Acts Revisited': Wellens, Karel (Editör) (1998) International Law: Theory and Practice – Essays in Honour of Eric Suy, Lahey/Boston/Londra, Martinus Nijhoff Publishers.

KATILIMCI DEMOKRASİNİN VASITALARI VE BU VASITALARDAN REFERANDUMUN ÇEVRE HAKKINA OLAN ETKILERİ

Doç. Dr. Mehmet Ali ZENGİN *

ÖZET

Yüz yılımızda demokrasi, büyük bir öneme sahiptir ve insan hakları ve kamu düzeninin korunmasında en iyi sistemdir. Öte yandan toplumlar güncel, çağdaş ve evrensel bir değer olarak kabul edilen demokrasi dışında alternatife sahip değildir. Yine demokrasi soyut ve izole bir kavram olarak düşünülmemelidir. O, adalet, hukuk devleti ve diğer sosyal değerlerden oluşmaktadır. Demokrasi farklı politik araçlar vasıtasıyla uygulanabilir. İşte bu makale demokrasinin pratik araçlarını ve bunların bazı çevre sorunlarının çözümüne olan etkilerini içermektedir. Çevre konuları yatırım projelerinin uygulanması doğrudan ve bölgesel zararlı etkilerinden dolayı yerli halkın önceliklerine dayanmalıdır. Aynı zamanda kirlilik hakkındaki tartışmalar diğer çevre haklarının yanı sıra ırk ayrımcılığını barındıran insan hakları sorunlarına da sebep olmaktadır. Katılımcı demokrasinin araçları çevre ile ilgili ulusal ya da uluslararası düzeyde karar alınması bakımından hayati öneme sahiptir. Zira, bireyler katılımcı demokrasi vasıtaları sayesinde çevrenin korunmasında önemli bir imkana sahip olmaktadırlar.

Anahtar Kelimeler: Katılımcı Demokrasi, Yasama, Çevre hakkı, Ayrımcılık Yasağı, İnsan Hakları

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, avmalizengin@gmail.com, ORCID ID: 0000-0003-1263-5102
(Geliş Tarihi: 01.04.2019 – Kabul Tarihi: 09.06.2019)

PARTICIPATORY DEMOCRACY TOOLS AND EFFECTS OF REFERENDUM AS ONE OF THESE TOOLS ON RIGHT TO ENVIRONMENT

ABSTRACT

Democracy has huge importance in our century and it's the best system for protecting human rights and public order. On the other hand, societies have no alternative out of democracy which is accepted as an actual, modern and universal virtue. Also, democracy can not be thought in a isolated and artifical concept. It consists of many components as justice, rule of law and modern sociological virtues. Democracy can be practised with different political tools. As you see, this article contains practical tools of democracy and its' effects solving some environmental dilemmas. Environmental issues should be based on indigenious people's precedences by reason of direct and territorial hazardous of practising enterprise projects. At the same time, dabates about contamination causes some human rights problems also include race discrimination as well as environmental rights. Tools of participatory democracy have vital significance for national or international level desicion making about environment. Then, people have got crucial opportunities to protect environment via participatory democracy tools.

Keywords: Participatory Democracy, Legislation, Right to Environment, Prohibition of Discrimination, Human Rights

GİRİŞ

Katılımcı demokrasi kavramı demokrasi anlayışı bakımından ileri seviyede demokrasi ya da halkın yönetimi bakımından mümkün olan en üst seviyede halkın sürece dahil olmasını öngörür. Buna göre günümüz devletleri bakımından nüfus kalabalığının zorunlu kıldığı temsili demokrasi yarı doğrudan demokrasinin araçları ve katılımcı demokrasi anlayışıyla büyük halk kitlelerinin karar alma süreçlerine dahil edilmesini sağlamaktadır. Katılımcı demokrasi ve siyasi tolerans kavramları birbirlerine yakın anlamlar içermektedir. Buna göre katılımcı demokraside toplum kesimlerinin demokratik süreçlere katılım yollarının açık olması siyasi tolerans ile gerçekleşmektedir. Bu noktada siyasi toleransın varlığının toplum kesimlerinin demokratik süreçlere katılımını sağladığı ya da en azından teşvik edici bir role sahip olduğu ifade edilebilir. Zira toplumun farklı kesimlerinin demokratik işleyişe dahil olmaları bu farklı kesimlerin birbirlerine siyasi arenada tahammül edebiliyor olmalarını gerektirir. Örneğin 1970'li yıllarda özellikle vergi bakımından doğrudan demokrasi düşüncesinin tekrar canlandığı dile getirilerek yasa yapıcılar sorumsuzluk ve beceriksizlikle itham edilmişlerdir. Buna göre yasa yapıcıların toplumsal moral değerleri kaybettikleri iddia edilmektedir. Zira yasa yapıcı olarak vatandaşların yozlaşma ve usulsüzlükler karşısında yasama üyelerine göre daha hassas oldukları belirtilmektedir.[1] Öte yandan katılımcı demokrasi araçları egemenliğin yasama görünümü üzerinde dile getirilmekle birlikte yargı erkinin kullanımı bakımından da jüri sisteminin bir katılım aracı olarak düşünüldüğü görülmektedir. Buna göre jüri sisteminde vatandaşlar cezai sorumluluğa dair karar vermekte ve bunun sorumluluğunu üstlenmektedirler. Ayrıca jüri, toplumun vicdanını temsil etmekte ve jüri üyeleri sorumluluk bilincini içselleştirmektedir. Bu yönüyle jüri sisteminin eğitici bir rol üstlendiği de ileri sürülebilir.[2] Ayrıca yargı sürecindeki bakış açısının somut delillere dayandığı ve daha kapsayıcı bir yapıda olduğu ileri sürülerek açılan davalarla bireylerin yasama meclisi üyelerinin dikkatini çekme imkanına sahip oldukları dile getirilmektedir.[3] Bununla birlikte yargı erkinde katılımcılık oldukça sınırlı, hatta ABD ceza yargısına hasredilebilecek bir özellikte olup demokratik katılım araçları özellikle yasama erki bakımından ele alınmıştır. Öte yandan günümüz dünyasında çevre sorunları

---

1 **Clark, Sherman J.**(2004) The Character of Direct Democracy, Journal of Contemporary Legal Issues, V:13, s. 347-348.

2 **Clark,** s. 351.

3 **Renke Wayne**,(2015) Bedford, Substantive Rationality and Participatory Democracy, Review of Constitutional Studies, V:20, Issue 1, s.74.

giderek artmakta ve gerek ulusal gerekse uluslararası gündemi meşgul eder hale gelmiştir. Endüstrinin olumsuz etkisi olarak karşımıza çıkan "atıkların" çevreye ve dolayısıyla insanlığa verdiği zarar makul sınırları aşmış bulunmaktadır. Buna göre çevre hakkı temel bir insan hakkı olmakla birlikte endüstriyel üretimin sınırlarının belirlenmesinde de önemli bir role sahiptir. Bu sınırları tayin edecek olan yönetimlerin alacakları kararlara halkın katılımı son derece önemli olup özellikle de atıklardan etkilenecek yöre halkının bu konuda söz söyleme üstünlüğü bulunmalıdır. Zira bu konuda tedbir alıp almamak ya da tedbir alınacaksa bunların nasıl olacağı gibi hususlar yönetimlerin takdirine bırakılmamalıdır. İşte halkın tedbir alınmasını isteme ve bunun içeriğini belirleme hakkının yönetim sistemi bakımından karşılığı katılımcı demokrasi ve araçları olarak karşımıza çıkmaktadır.

I.KATILIMCI DEMOKRASİ VE KATILIMCI DEMOKRASİNİN YENİ GELİŞEN VASITALARI

A. KATILIMCI DEMOKRASİ

Katılımcı demokrasi, tartışma pratiği bakımından akademik literatürde yüksek nitelikli bir demokratik müzakere şekli olarak tanınmamaktadır.[4] Bu durumda vatandaşlara kararların alınması, uygulanması ve denetlenmesi aşamalarında söz hakkı tanıyan, eşit düzeyde görüşme ve tartışma imkânı sunan ve bu amaçla doğru bilgiye erişim kanalları açık tutulmalı yani kısaca halkın yönetime doğrudan katılımı gerçekleştirilebilir nitelikte olmalıdır.[5] Yönetimde halkın egemenliği kabul edildiğine göre belirli konularda da halkın karar vermesi olağan bir süreç olmalıdır.[6] Buna göre "halk egemenliği" kavramının yaygınlaşması ve "meşruluğun" ölçütü haline gelmesi sayesinde halkın yönetime katılımı gelişme göstermiştir. Öyle ki günümüzde bir rejimin demokratikliği halka tanıdığı siyasal katılım olanakları ile ölçülmektedir.[7]Buna karşın temsili demokraside ise bireylerin karar alma mekanizmalarına katılımı ve bunlara etkileri sınırlıdır. Zira saf temsili demokraside temsilciler kendilerini seçenlerden

---

4 **Wampler, Brian, Hartz-Karp**, (2012) Participatory Budgeting: Diffusion and Outcomes Across the World Janette, Journal of Public Deliberation, V: 8, Iss. 2, Art. 13, s.2.

5 **Yaman, Fatih Turan,** Katılımcı Demokrasi: Kapsam ve Unsurlar, Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.6, S.2.

6 **Atar, Yavuz,** (2017) Türk Anayasa Hukuku, 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s.79.

7 **Kışlalı, Ahmet Taner,** (2018) Siyasal Sistemler, Siyasal Çatışma ve Uzlaşma, 1. Baskı, İstanbul, Kırmızı Kedi Yayınevi, s.243.

bağımsız olarak en iyi şekilde hizmet edeceklerine inandıkları yönde kararlar almaktadırlar.[8]

Bilindiği üzere demokrasiye yaklaşımlar farklılık gösterebilmektedir. Buna göre doğrudan demokrasi ve katılımcı demokrasi temel düzeyde ele alınabilecek iki ana demokrasi tipini yansıtmaktadır. Doğrudan demokraside vatandaşlar bireysel seviyede karar alma süreçlerine direkt katılırken katılımcı demokraside vatandaşlar belirli vasıtalarla hareket etmektedirler.[9] Bu vasıtalardan bazıları referandum, halk vetosu, halk teşebbüsü ve temsilcilerin azli şeklinde ifade edilebilir.[10] Buna karşın katılımcı demokrasi metotları bunlarla sınırlı olmayıp günümüzde bazı yeni metotlar gündeme gelmektedir. Bunlara aşağıda ayrıntılı olarak değinilecektir. Bununla birlikte Türk Hukuku'nda da uygulama alanı bulan bir diğer vasıta ise cumhurbaşkanlığına ya da başkanlığa aday gösterme şeklinde belirtilebilir.[11] Zira bu yolla belirli sayıya ulaşan vatandaşlar kendi adaylarını diğer seçmenlere sunabilme imkânı bulabilmektedirler. Katılımcı demokrasi toplumun değişik kesimlerini açıklık, eşitlik ve saygı kuralları çerçevesinde kamu politikalarının belirlenmesini etkileyecek belirleyici ve etkin bir ses olmaya teşvik etmektedir.[12] Bu noktada bünyesinde risk barındıran tüm toplumsal projelerin katılımcı demokrasi testinden geçmesi gerektiği ifade edilmektedir.[13]

Öte yandan katılımın üç ana bileşeni olduğu dile getirilmektedir. Bunlardan ilki katılımın kurgulanması, ikincisi katılımın yapısı ve sonuncusu da kurguya uygun katılım metotları ya da araçları şeklindedir.[14] Bu noktada katılım araçlarının, katılımı arttıracak şekilde kurgulanması katılım oranını arttıracağı

---

8 **Ochoa, Christiana,** (2008) The Relationship of Participatory Democracy to Participatory Law Formation, Indiana Journal of Global Legal Studies, V:15:1, s.9.

9 Geniş bilgi için bkz. **Held, David,** (2006) Models of Democracy, 3. Baskı, Polity Press, Cambridge.

10 **Gözler**, **Kemal,** (2010) Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 1. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, s.289-297.

11 1982 Anayasası m.101/3; "Cumhurbaşkanlığına, siyasi parti grupları, en son yapılan genel seçimlerde toplam geçerli oyların tek başına veya birlikte en az yüzde beşini almış olan siyasi partiler ile en az yüzbin seçmen aday gösterebilir."

12 **Wampler,** s.1.

13 **McGee, Brant**, (2009) Community Referendum: Participatory Democracy and the Right to Free, Prior and Informed Consent to Development, Berkeley Journal of International Law, V:27, s. 571.

14 **Kensıng, Fınn Blomberg, Jeanette** (1998) Participatory Design: Issues and Concerns, Computer Supported Cooperative Work V:7, s. 168.

gibi mümkün olduğunca çok sayıda seçmenin tercihlerini sunabilmelerine imkân sağlayacaktır. Özellikle seçimlere katılım oranlarının düşük olduğu ülkeler bakımından bu durumun olumlu yansımaları olabilecektir. Yine yerel yönetimler bakımından katılım vasıtalarının etkin kullanımı sorunların yerinde tespiti, çözümü ve verimlilik bakımlarından farklı bir öneme sahiptir. Buna göre katılım vasıtalarında yapılacak yenilikler ve katılımın yönetimin müşahhas bir parçası olarak (üçüncü sektör) kabulü yerel demokrasiyi canlandıracak ve güçlü kılacaktır.[15] Yine katılım bakımından toplumlarda ortaya çıkacak ilgisizliğin, sorunların çözümünde alınacak kararların kurumlar aracılığıyla ve temsili nitelikte katılım suretiyle gerçekleşeceği belirtilmektedir. Bu durumda temsili demokrasi, katılımcı demokrasi karşında baskın bir alternatif olarak karşımıza çıkmaktadır.[16]

Katılımcı demokrasinin diğer teorilerden ayırıcı özelliği doğrudan yetki boyutu ile ilgilidir. Karar alma sürecinde sahip olunan bu eşit yetki farklı açılardan ele alınabilmektedir. Buna göre katılımcı demokraside müzakereler ve karar alma yani demokratik temsil mekanizmalarıyla katlım süreci arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Bu noktada kararların alınmasına eşit temsil ya da politik eşitlik, kararların sonuçlarının belirlenmesinde de eşitliğe işaret etmektedir. Karar alma sürecinde yer alan bireylerin yetkide eşitlik sahibi olmaları katılımcı demokrasiyi anlamada önemli bir noktadır. Zira bu koşullar içerisinde karar alma sürecine katılım bireylere yetkilerini adil bir şekilde kullanma ve iradelerini yansıtabilme imkânı vermektedir. [17] Öte yandan katılımcı demokrasi toplumsal gerçeklik ile ilişkilendirilmektedir. Buna göre toplumsal gerçeklik belirli politikaların üretilmesinde önemli bir itici güç olarak görülmektedir. İşte demokratik katılım yoluyla karar alma süreçlerine dahil olma, tercihlerin belirlenmesi ve toplanması suretiyle politik kurumlara değerler temelinde belirli varsayımlara dayanma imkânı sunar.[18]

---

[15] **Buček, Ján, Smıth, Brian**, (2000) New Approaches to Local Democracy: Direct Democracy, Participation and the 'Third Sector', Environment and Planning C: Politics and Space, V:18, s.3-16.

[16] **Overdevest, Christine**, (2000) Participatory Democracy, Representative Democracy, and the Nature of Diffuse and Concentrated Interests: A Case Study of Public Involvement on a National Forest District, Society & Natural Resources, V:13, s.686.

[17] **Floridia, Antonio,** (2013) Participatory Democracy versus Deliberative Democracy: Elements for a Possible Theoretical Genealogy. Two Histories, Some Intersections, 4 - 7 September 2013, 7th ECPR General Conference Sciences Po, Bordeaux, s.47

[18] **Espeland, Wendy Nelson**, (2000) Bureaucratizing Democracy, Democratizing Bureaucracy, Law and Social Inquiry, V:25, Issue 4, s. 1103.

İletişim alanında yaşanan gelişmeler seçimler, kent meclislerine katılım, sivil toplum çalışmaları gibi faaliyetleri yeniden şekillendirmektedir. Buna göre girişimsel imkanlar bakımından ortaya çıkan yeni gelişmeler siyasi aktivitelerden haberdar olma ve haberdar etme noktasında önemli fırsatlar sunmaktadır. Seçmene sağlanan bu imkanlar katılımcı demokraside girişimcilik ve vatandaşlık kavramlarının birleşiminden oluşan yeni bir form (biçim) ortaya çıkartmaktadır. Bu noktada katılımcı ya da girişimsel vatandaşlık formunun ortaya çıkışı ve gelişiminin iletişim teknolojileri bakımından okur-yazar olabilme durumuna bağlı olduğu ifade edilebilir.[19] Tüm bunlara karşın temsili demokrasi kurumlarının bireylerin demokratik süreçlere katılımına imkân verecek yeterli alanlara sahip olmadıkları da ifade edilmektedir.[20] Yine müzakereci demokrasinin ana gereklerinin demokrasinin kavranması bakımından sorunlu olduğu ve uygulamada ortaya çıkabilecek anlaşmazlıklar karşısında güvence sağlayamayacağı düşünülmektedir.[21] Buna göre müzakereyi gerçekleştirecek bireylerin farklı özellikleri ve tartışabilme kapasiteleri farklılık gösterebilmektedir. Bu bakımdan müzakereci demokrasinin uygulanabilirliği bakımından yoğun eleştiriler ortaya çıkmaktadır. Ancak bu eleştirilere karşın müzakereci demokrasinin uygulanabileceği düşünülmektedir. Buna göre liberal demokrasi de eleştiriler almasına rağmen uygulanabilmektedir.[22] Bununla birlikte müzakereci demokrasi bakımından modern devletin denetimi sadece yargısal mekanizmalar yoluyla gerçekleşmez. Buna göre karar alma süreçlerine halkın katılımı yoluyla da bir denetim gerçekleşmekte ve devlet ile halk arasında kurulacak böylesi bir mekanizma demokratik bir yönetimin şartı olarak aranmaktadır.[23]

---

[19] **Mihailidis, Paul, Thevenın, Benjamin**, (2013) Media Literacy as a Core Competency for Engaged Citizenship in Participatory Democracy, American Behavioral Scientist, V: 57, Issue 11, s.1611.

[20] **Rodean, Neliana,** (2011) Participatory Democracy: Mechanism of Better Regulation in Europe, 2011 Acta Universitatis Danubius Juridica, V:31, No.2, s.34.

[21] **Demir, Nesrin,** (2010) Demokrasinin Temel İlkeleri ve Modern Demokrasi Kuramları, Ege Akademik Bakış / Ege Academic Review Vol:10(2) s.609.

[22] **Zabunoğlu, Gökçe,** (2017) Bir Radikal Demokrasi Teorisi Olarak Müzakereci Demokrasi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol:66 (4) s.815

[23] **Habermas, Jurgen** (1999) Die Einbeziehung des Anderen - Studien zur politischen Theorie, Berlin, Surhkamp, Çeviren: AK, İlknur (2002) Öteki Olmak, Ötekiyle Yaşamak, 1. Baskı, İstanbul, YKY Yayınları, s.24.

Katılımcı demokrasinin ise pek çok formu olmakla birlikte[24] bunların mevcut siyasi yapıya uyarlandığı dile getirilmektedir.[25] Bununla birlikte demokrasi geçmişi eskiye dayanan ülkelerde demokratik süreçlere katılım oranı zayıf kalırken, genç demokrasilerde politik süreçlere bireylerin katılımı daha fazla teşvik edilmektedir.[26] Tıpkı genç bireylerde heyecanın fazla olması gibi genç demokrasilerde de bu heyecanın yaşanması sosyolojik olarak gözlemlenebilir. Bu noktada katılımcı demokrasinin klasik ve yeni vasıtalarına değinmek çevre hakkına yönelik yeni yaklaşımların ortaya konulmasında önemli bir dayanak noktası olabilecektir.

B. KATILIMCI DEMOKRASİNİN KLASİK VASITALARI

1. Halk Girişimi

Halkın belirli sayıda imza toplamak suretiyle istediği yasaların çıkartılmasını veya istediği yasal değişikliklerin yapılmasını sağlayabildiği girişime halk girişimi denilmektedir. Bu yolla halk, kendisinin hazırladığı ya da içerik ve çerçevesini belirlediği bir konuda yasanın kabulü ya da reddi imkanını elde etmiş olmaktadır.[27] Bunun yanı sıra belirli sayıda vatandaşın yasa önerisi referanduma sunulup kabul görür ve parlamentonun onayına sunulursa buna dolaylı halk girişimi, öneri doğrudan halkın kararına tabi kılınırsa buna da doğrudan halk girişimi adı verilmektedir. Bununla birlikte ister doğrudan ister dolaylı olsun halk girişimi neticede halkın egemenliğine dayanmaktadır.[28]

Uluslararası Demokrasi ve Seçim İşbirliği Enstitüsü halk teşebbüsünü iki açıdan ele almaktadır. Buna göre vatandaşlar halk teşebbüsü yoluyla kendi belirledikleri konuların oylanmasını isteyebilecekleri gibi oylama talep etmeksizin doğrudan gündemi belirleyip bu gündemin temsilciler tarafından tartışılmasını da isteyebilirler.[29] GÖZLER bu ayrımı tasarılı teşebbüs ve tasarısız teşebbüs şeklinde ifade etmektedir. Buna göre tasarısız teşebbüste halk sadece hangi konuda

---

[24] **Simons, Penelope, Collins, Lynda**, (2010) Participatory Rights in the Ontario Mining Sector: An International Human Rights Perspective, McGill International Journal of Sustainable Development Law and Policy, V:6, s.186.

[25] **Eule, Julian**, (1990) Judicial Review of Direct Democracy, Yale Law Journal, V:99, s. 1510.

[26] **Rodean**, s.34.

[27] **Anayurt, Ömer,** (2018) Anayasa Hukuku Genel Kısım, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s.460.

[28] **Kaboğlu**, İbrahim Ö. (2018) Anayasa Hukuku Dersleri, 13. Baskı, İstanbul, Legal Yayınevi, s.195-196.

[29] International Institute for Democracy and Electoral Assistance, (International IDEA), (2008) Direct Democracy. The International IDEA Handbook, Stockholm, s.10.

kanun çıkarılmasını istediğini belirtir.[30] Yani burada gündemi belirlemeye yönelik bir halk girişimi söz konusu olmaktadır. Tasarılı teşebbüste ise halk çıkarılmasını istediği kanunun tasarısını da parlamentoya sunmaktadır. Parlamento eğer bu tasarıyı kabul etmezse halkın tasarısı yine halkın oyuna sunulur.[31]

Öte yandan halk girişimi referandum ile karşılaştırılmak suretiyle bazı eleştirilere sahne olmaktadır. Buna göre halk girişiminde oylanma sürecinin belli otoriteler tarafından başlatıldığı ve kontrol edildiği bu nedenle de burada referandumdan ziyade bir plebisitin ortaya çıkacağı belirtilmektedir.[32] Yine plebisit çoğunluğun arkasındaki geniş kitlesel desteğin sergilenmesi anlamına gelmektedir. Oysaki temsili demokraside azınlıkta kalan görüşler oylama öncesinde parlamentodaki nitelikli temsilcileri vasıtasıyla çoğunluğun iradesi hilafına da olsa görüşlerini gündeme getirebilmektedirler.[33]

Öte yandan EULE bu vasıtaları yasama yerine geçen (substitutive) doğrudan yasama girişimi ve yasamayı tamamlayıcı (complementary) yasama girişimi olarak iki şekilde öngörmektedir. Doğrudan girişimde halk yasamadan belirli bir kanunu çıkarmasını talep eder. Yasama belirlenen süre içerisinde bir tasarı ortaya koymaz ise süreç halka yönelir ve yasama işini bizzat halk yerine getirir. Bununla birlikte yasama bu girişim neticesinde ortaya bir tasarı çıkartır ve bunu kabul ederse bu kanun, temsili demokrasinin ürünü olarak görülmelidir.[34]

2. Halk Vetosu

Halk vetosu parlamentodan anayasada öngörülen usullere uygun olarak çıkartılan kanunların halkın başlatacağı bir girişim neticesinde yapılacak bir referandum yoluyla yürürlüğe girmesinin engellenmesidir. Buna göre anayasada öngörülen belirli sayıda vatandaş kanunun veto edilmesi için halkoylamasına

---

30 **Gözler,** s.294.

31 **Gözler,** s.294.

32 **Best E., Augustyn M., Lambermont F.** (2011) Direct and Participatory Democracy at Grassroots Level: Levers for forging EU citizenship and identity? 1. Baskı, Maastricht, European Union Publish, s.6.

33 **Moeckli, Silvano** (2007) Direct Democracy and Political Participation from A Cross-National Perspective, (Editörler) **Zıttel, Thomas, Fuchs, Dieter,** Participatory Democracy and Political Participation. Can Participatory Engineering Bring Citizens Back In? 1. Baskı, New York, Routledge.

34 **Eule,** s.1511.

gidilmesini talep edebilirler. Yapılan halkoylaması sonucunda kanun ya veto edilir ve yürürlüğe girmez ya da veto edilmez ve yürürlüğe girer.[35] Bu bağlamda halkın vetosuna "yürürlükten kaldırıcı referandum" da denilmektedir.[36] Bu girişim bireylere parlamento üyelerince çıkartılan bir yasanın yürürlüğe girmesi veya yürürlükte olan bir yasanın kaldırılması imkânı vermektedir. Bu noktada yasama yetkisi temsilcilerde olup halk doğrudan yasama sürecine müdahil olmaz. Yasa meclisten çıktıktan sonra hemen yürürlüğe girmez. Eğer anayasada belirtilen sayıda imzanın toplanırsa, yasa halkın onayına sunulur. Burada seçmenlerin yarıdan bir fazlası hayır oyu kullanırsa yasa geri çekilmiş olur.[37]

3. Referandum

Referandum halkın doğrudan kendisi tarafından oluşturulan ya da yönetim tarafından kendisine önerilen bir konuda olumlu ya da olumsuz şekilde karar almasını sağlayıcı istişari ya da tasdiki özelliğe sahip demokratik usullere uygun bir oylama aracıdır.[38] Referandum özet olarak tanımlanacak olursa "parlamento tarafından kabul edilen veya edilecek olan bir kanun metninin halkın onayına sunulmasıdır."[39] Buna göre referandum, özellikle geniş kapsamlı toplumsal projelerden endişe duyan kesimlerin temel haklarının güvence altına alınmasını sağlayan bir araç olarak değerlendirilmektedir.[40] Yine toplumların geleceklerinin planlanması hakkında doğrudan seslerini çıkartabilmelerinin uluslararası hukuk kurumlarınca desteklenmesi gereken temel bir insan hakkı olarak tanınması gerektiği dile getirilmektedir.[41] Öte yandan referandum yerel yönetimler bakımından yaygın olarak başvurulan bir yöntem olarak dile getirilmektedir. Buna göre öncelikli olarak yerel sorunların ve çıkarların dikkate

---

35 **Gözler,** s.293.

36 **Kaboğlu,** s.199.

37 **Anayurt,** s.458-459.

38 **Anayurt,** s.462.

39 **Gözler,** s.290.

40 **McGee**, s. 570.

41 **McGee,** s.570-571. Toplumların geleceklerini belirlemede etkili olmaları gereken alanlardan birisi de kuşkusuz anayasa değişiklikleridir. Bu konuda referandum oylamaları yapılmakla birlikte aslında halk girişiminin de anayasa değişikliklerinde etkin olarak kullanılması bireyler açısından önemli bir demokratik kazanım olacaktır. Bununla birlikte ABD'de 17 eyalette "eyalet anayasası" değişikliği için halk girişimine başvurulabildiği belirtilmektedir. **Eule,** s. 1511.

alındığı yerel referandumlar daha ziyade danışma niteliği taşımaktadır.[42] Bu yönüyle çevre hakkı bakımından yerel referandumların önemli etkileri bulunmaktadır. Konuya aşağıdaki başlıklarda ayrıntılı olarak değinilecektir.

Öte yandan TEZİÇ, serbesti içerisinde yapılmayan halkoylamalarının giderek kurumların dengesini bozabileceği ve plebisiter bir hale dönüşebileceği kaygısını dile getirmektedir.[43] Buna göre demokratik seçimin ilkelerine uygun olarak yapılacak serbest ve adil referandumlar bireylere kendi geleceklerini belirleme hakkı tanıyan en doğru ve demokratik yol olarak kabul edilmektedir.[44] Referandum kavramı doğrudan demokrasiyle eş değer tutulmakta olup doğrudan demokrasi referandumdan ayrı düşünülemez. Buna göre referandum doğrudan demokrasinin ana kurumlarından biri olarak görülmelidir.

C. KATILIMCI DEMOKRASİNİN YENİ GELİŞEN VASITALARI

Katılımcı demokrasinin klasik vasıtalarının ötesinde en belirgin ve basit vasıtası bireylerin karar alma görevini üstlenecek kuruma yetki vermesi, yani genel seçimler olarak belirtilebilir.[45] Hatta uluslararası hukuk tarafından güvence altına alınan ilk insan hakkının politik katılma hakkı olduğu, tartışmalı da olsa, ileri sürülmektedir.[46] Günümüzde ise katılımcı demokrasinin klasik vasıtalarına ilave olarak bazı yeni vasıtaların dile getirildiği görülmektedir. Bu vasıtalar arasında farklılıklar bulunmakla birlikte aralarında gevşek bir bağlantı olduğu ifade edilmektedir. Buna göre katılım kavramı farklı vasıtalar bakımından belirli düzeyde vatandaş kitlesinin doğrudan karar verici olması, bu vatandaş kitlesine danışılması ya da vatandaşların bilgilendirilmesi gibi farklı anlamlara bürünmektedir. Katılımcı demokrasinin vasıtaları farklı açılardan ele alınmak suretiyle de çoğaltılabilir.[47] Bununla birlikte çalışmamızda diğerlerine göre daha fazla uygulama imkanına sahip olduğu düşünülen bazı vasıtalar ele alınacaktır. Örneğin katılımcı bütçe uygulamasında binlerce insanın senede bir ya da iki kez bir araya gelerek müzakerelerde bulunmaları, katılımcı demokrasi

---

42 **Kaboğlu,** s.198.

43 **Teziç, Erdoğan, (**2009) Anayasa Hukuku, 13. Baskı, İstanbul, Beta Basım, s.184.

44 **McGee,** s. 571.

45 **Sımons, Collıns,** s.186.

46 **Wood Tim,** (2015) Reinforcing Participatory Governance through International Human Rights Obligations of Political Parties, Harvard Human Rights Journal, V:28, s.149.

47 **Best, Augustyn, Lambermont,** s.7.

biçimlerinin en geniş seviyede olanı şeklinde ifade edilmektedir.[48] Yine katılımcı demokrasi vasıtalarıyla yasama süreçlerine halkın katılımının parlamentodaki temsilcilerin manipüle edilme riski karşısında daha güvenli olduğu dile getirilmektedir.[49] Diğer yandan temsili demokrasilerde vatandaşların politik taleplerini ulaştırabilmelerinde güçlükler bulunduğu, seçmenlerin politik süreçlerden soğuduğu ve seçimlere katılım oranlarının düştüğü ifade edilmektedir.[50]

Öte yandan uluslararası kurumların karar alma organlarında yer alan temsil mekanizmasının ulusal sistemlere göre farklılıklarına değinilmekte ve demokratik olmayan ülkelerin özellikle Birleşmiş Milletler gibi kurumlarda temsil edilmelerinin alınan kararların demokratikliğini tartışılır kıldığına vurgu yapılmaktadır.[51] Buna göre katılımcı demokrasinin uluslararası alanda da yeni değerlendirmelere ve vasıtalara açık olduğu ifade edilebilir. Zira uluslararası sorunların çözümü bakımından ticari işletmeler, hükümet dışı organizasyonlar (HDO - NGOs) ve uluslararası diğer sivil toplum kuruluşları hukuk kuralların oluşturulmasında katılımcı rol üstlenmektedir.[52] HDO'ların gözlemci katılımcı olarak süreç içerisinde etkin bir şekilde rol aldıkları ilk organizasyonun 1987 Montreal Protokolü (Montreal Protocol on Substances That Deplete the Ozone Layer) olduğu belirtilmektedir.[53]

Bu noktada katılımcı demokrasinin aktörleri olarak devletlerin sürece dahil olmalarında ulusal düzeydeki temsil yetkisinin kapsamı sorgulanmaktadır. Buna göre ulusal düzeyde halktan alınan temsil yetkisinin uluslararası alanda devleti temsilen yer alınacak kurumlarda da geçerli olacağı ya da ulusal

---

48 **Wampler,** s.2.

49 **Eule,** s.1512.

50 **Rodean,** s.34.

51 **Ochoa,** s.9-10.

52 **Ochoa,** s.8.

53 **Raustiala, Kal,** (1997) The Participatory Revolution in International Environmental Law, Harvard Environmental Law Review, V:21, s.543. HDO'lar Birleşmiş Milletler (BM) Sosyal ve Ekonomik Konseyi tarafından akredite edilmektedir. Buna göre akredite edilen HDO'lar kendi alanlarıyla ilgili konularda katılımcı ya da gözlemci olarak BM karar süreçlerine katılmaktadır. BM Sözleşmesinin 71. maddesine göre Ekonomik ve Sosyal konsey tecrübelerinden yararlanmak üzere HDO'lardan görüş almak için gerekli ayarlamaları yapar. Madde 71 "Ekonomik ve Sosyal Konsey, kendi yetkisine giren sorunlarla uğraşan sivil toplum kuruluşlarına danışmak iÁin uygun düzenlemeler yapabilir. Böyle düzenlemeler uluslararası örgütlerle ve gerektiğinde, Birleşmiş Milletler'in ilgili üyesine danışıldıktan sonra ulusal örgütlerle de yapılabilir." www.tbmm.gov.tr/komisyon/ insanhaklari/pdf01/3-30.pdf (s.e.t..26.12.2018)

alandaki bu yetkinin uluslararası alana da uzanacağı dile getirilmektedir.[54] Bununla birlikte özellikle uluslararası çevre konularında uluslararası hukuk kurallarının oluşumunda devletlerin yanı sıra devlet dışı organizasyonların etkin olma noktasında önemli fırsatlar yakaladıkları belirtilmektedir. Hatta günümüzde HDO'ların uluslararası çevre hukuku normlarının oluşturulması, uygulanması ve yorumlanmasında ana aktör oldukları ifade edilmektedir.[55]

Bununla birlikte katılımcı demokrasi artık sadece politik teorinin değil kozmopolit demokrasi ve elektronik demokrasinin de etkisi altındadır.[56] Buna göre günümüzde çevre sorunları ve global feminizm gibi bölgesel bazlı düşünülemeyecek çoğu konuda artık kitleler ulusal temelli demokratik yapıların ötesinde uluslararası politik akımların desteğine yönelmektedirler.[57] Öte yandan günümüzde artık demokrasinin ulusal sınırlar içerisinde değerlendirilemeyeceği ve bu nedenle demokrasinin küreselleştiği gibi küreselleşmenin de demokratikleştiği ileri sürülmektedir.[58] Mevcut durumda demokratik katılım vasıtalarına yenilerinin eklendiği ve sürecin gelişim halinde olduğu görülecektir. Bu noktada yeni katılım vasıtalarından etkin bazıları ele alınacaktır.

1. Halk Çalıştayı (Charrette)

Kısa süreli bir dönem içerisinde toplumun çeşitli kesimlerinden alt gruplar oluşturup bu alt grupların yüz yüze bir araya getirilmesi ve uzlaşı arayışına girişilen yoğun bir süreç olarak ifade edilmektedir. Bu alt grupların sayısı 50 ile 1000 arasında olabileceği gibi süreç 4 günden iki haftaya kadar yayılabilmektedir. Belirlenen bu alt gruplar tartışılan konular hakkında periyodik olarak grubun tamamına rapor hazırlar ve gruptan geri dönüşleri alırlar ve bunları gelecek müzakerelerde dile getirirler. Bu durum takvime bağlanmış olan final raporunda uzlaşıya varılıncaya kadar tekrar edilir.[59] Bu aslında demokratik katılım süreçlerine ön hazırlık ve bilgilenme süreci olarak değerlendirilebilir. Bu durumda karar mekanizmasına katılacak olan kitleler konu hakkında bilgi sahibi olacaklarından daha isabetli neticelere ulaşılması sağlanabilecektir.

---

54 **Ochoa,** s.12.

55 **Raustiala,** s.538.

56 **Ochoa,** s.7.

57 **Ochoa,** s.12.

58 **Archibugi, Daniele**, (2004) Cosmopolitan Democracy and Its Critics, European Journal of International Relations, V:10, s.437-438.

59 **Best, Augustyn, Lambermont,** s.11.

2. Halk Jurisi (Citizen's Jury)

Bu vasıta politika belirleme süreçlerine bilinçli vatandaşların katılımını sağlamayı amaç edinmektedir. Jüri 12 ile 24 kişiden oluşmakta ve bu kişiler rast gele seçilmektedir. Belirlenen jüri üyeleri pek çok açıdan bilgilendirilmekte, müzakere süreçlerine katılmakta ve bu yolla toplumdaki alt gruplar, ele alınan konulara farklı açılardan odaklanabilmektedirler. Sürecin sonunda jüri konuya ilişkin bir sonucun yer aldığı ya da tavsiyelerini içeren bir rapor hazırlamaktadır. Bu raporun oluşumuna destek veren hükümet birimleri ya da yerel yönetimler hazırlanan bu rapora uyarak ya da uymayacaksa neden uymadığını açıklayarak cevap verirler.[60] Bu noktada halk jürisi yargı sistemi içerisindeki jüri uygulamasıyla karıştırılmamalıdır. Yargı içerisindeki jüri uygulamasına dair açıklamalara giriş bölümünde yer verilmiştir.

3. Uzlaşı Konferansları (Consensus Conference)

20 ile 30 vatandaşın oluşturduğu bir kamu araştırmasında grup üyeleri tartışmalı sosyal konuları değerlendirmek üzere görevlendirilirler. Buna göre grup üyeleri konuyla ilgili olarak uzmanlara yöneltilecek soruları belirler ve uzmanların bunlara verecekleri cevapları değerlendirip kendi aralarında tartışırlar. Konferansın sonunda beklentilerini, düşüncelerini ve tavsiyelerini içeren sonuç bildirgesini parlamenterlere, politika belirleyicilere ve toplumun geneline yazılı olarak sunarlar. Bu faaliyetin gerçekleştirilmesindeki amaç ise konunun geniş bir şekilde tartışılarak uzman olmayan kişilerin de konuya dair görüşlerinin politika belirleyicilere iletilmesidir. Uzlaşı konferansları genellikle 3 günlük bir süreyi öngörmekte ve kamuya açık olarak gerçekleştirilmektedir.[61] Demokratik müzakerelerin günlük iletişim ya da münasebetlerden farklı olduğu dile getirilmektedir. Buna göre demokratik müzakereler siyasi kararların alınmasında etkili olan ya da olabilecek niteliktedir. Burada katılımcılara ait farklı görüşler, eşit seviyede "sesle" dile getirilir ve ortaya çıkan değerler, dikkate alınan değerlendirmeler ortak bir ses olarak görünüm kazanır.[62]

[60] **Best, Augustyn, Lambermont,** s.11.

[61] **Best, Augustyn, Lambermont,** s.11.

[62] **Wampler, Hartz-Karp,** s.2.

4. 21. Yüzyıl Şehir Toplantıları (21st Century Town Meeting)

Bu vasıtada her biri 5000 kişiden oluşan grup üyelerinin görüntülü bir şekilde de bağlanabileceği teknolojik bir alt yapı oluşturulmaktadır. Bu sayede katılımcılar simültane bir şekilde tartışıp geniş kitlelerin kolektif aklının ortaya çıkmasına katkı sağlayacaklardır. Yine bu vasıta tek başına bir etkinlik olmanın ötesinde vatandaşlar arası kaynaşma, paydaşlık, temel politik konular hakkında karar alma sürecine müdahil olma, yönetim döngüsü içerisinde taleplerin ve muhatapların bir araya getirilmesi gibi önemli kazanımlar sağlamaktadır. [63] Aslında şehir toplantıları temsili demokrasinin bir anlamda mikro seviyede uygulanması şeklinde dile getirebilir. Bu uygulamaya göre toplum içerisinde farklı ilgi gruplarının bir araya gelerek konuyu müzakere etme imkanına sahip olmaları asıldır. Aslında temsili demokraside de sorunların çözümü bakımından daha geniş ölçekte yani toplumdaki tüm ilgi gruplarını temsil edenlerce müzakeresi öngörülmektedir. Bu durumda da gerek yerel ölçekte gerekse ulusal ölçekte en azından teorik dahi olsa ilgi grupları değerlendirmeye katılarak isteklerini doğrudan ve daha etkili bir şekilde temsilcilere ulaştırmış olacaktır.[64]

5. Kent Referandumu (Town Referendum)

Kent referandumu yerel düzeyde alınacak önemli toplumsal kararların ya da boşalan yerel yönetim kadrolarına yapılacak atamaların yine o çevrede yaşayan insanlara sorulması ve onaylarının alınması şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Örneğin ABD New York Kent Kanunu'na göre kent meclisinde bir üyeliğin boşalması halinde yeni bir atamanın yapılması için kent referandumundan olumlu bir karar çıkması aranmaktadır.[65] Ülkemizde ise belediyelere

---

[63] **Best, Augustyn, Lambermont,** s.12.

[64] **Overdevest,** s.686-687.

[65] NY Town L § 90 (2015) Article 7 - (Town) PERMISSIVE REFERENDUM 90. Acts or resolutions of the town board that are subject to a referendum on petition. Whenever this chapter shall expressly provide that an act or resolution of the town board is subject to a permissive referendum, such act or resolution shall be subject to a referendum on petition as set forth in the next section, unless a proposition therefor shall have been adopted at a town election. Within ten days after the adoption by the town board of any resolution which is subject to a permissive referendum as above defined, the town clerk, in the same manner as provided for notice of a special election, shall post and publish a notice which shall set forth the date of the adoption of the resolution and contain an abstract of such act or resolution concisely stating the purpose and effect thereof. The notice shall specify that

halkın düşüncelerini öğrenme imkânı sağlayacak bir düzenleme bulunmakla birlikte buradan elde edilecek sonuç bağlayıcı olmamaktadır. İlgili düzenleme 5593 Sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinde şu şekilde yer almaktadır; "Belediye, belde sakinlerinin belediye hizmetleriyle ilgili görüş ve düşüncelerini tespit etmek amacıyla kamuoyu yoklaması ve araştırması yapabilir."[66] Görüldüğü üzere istişari nitelikte olan bu uygulamanın gerçekleştirilip gerçekleştirilmemesi belediyelerin taktirindedir.

6. Katılımcı Bütçe[67]

a.Genel Olarak

Katılımcı bütçe, vatandaşların kamu kaynaklarının dağılımı konusunda tartışarak ve müzakere ederek karar alma sürecine dahil oldukları bir yöntemi ifade eder.[68] Katılımcı bütçe uygulamaları günümüzde daha çok yerel yönetimler ölçeğinde icra edilmektedir. Buna göre yönetimler, kitleleri mobilize etmek, köklü sosyal problemlerin üstesinden gelmek ya da şeffaflık ve hesap verebilirlik gerekçeleriyle bu uygulamayı tercih edebilmektedirler. Bu uygulama hükümetlerin belirlediği politik süreçlerin çıktıları bakımından vatandaşların sürece katılımının sağlanmasına yöneliktir.[69] Katılımcı bütçe gibi yarı referandum benzeri uygulamalar özellikle yerel yönetim bütçelerine vatandaşların doğrudan etki edebilmelerini garanti etmektedir.[70] Daha geniş halk kitlelerinin değişim ve dönüşümüne duyulan ihtiyaç ve vatandaşların politikaların belirlenme ve uygulanmasına katılıma isteği, katılımcı bütçenin ortaya çıkışında önemli faktörlerden birisi olarak ele alınmaktadır.[71]

---

such resolution was adopted subject to a permissive referendum. www.law.justia.com/codes/new-york/2015/twn/article-7/90/ (s.e.t. 20.09.2018)

66 5593 Sayılı 3.7.2005 tarihli Belediye Kanunu, www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/07/20050713-6.htm (s.e.t. 05.01.2019)

67 Bu kavramın yerine "sivil bütçe" kavramının kullanılması gerektiğine dair gerekçeler şu şekildedir; katılım sürecinin demokratik karakterini vurgulamak ve karmaşık teknik terimlerden uzaklaşmak. **Szescilo, Dawid**, (2015) Participatory Budgeting in Poland: Quasi-Referendum Instead of Deliberation, 15 Croatian adn Comperative Public Administration, V:15/2, s.373.

68 **Szescilo**, s. 376.

69 **Wampler, Hartz-Karp,** s.1.

70 **Szescılo,** s. 381.

71 **Szescılo,** s. 375.

Bu noktada katılımcı bütçe uygulaması ve katılımcı demokrasinin diğer uygulamaları politika geliştirme ve karar alma sürecine daha fazla vatandaşın katılımının sağlanmasını amaç edinmektedir. Buna göre toplum kesimlerine kaynakların dağılımı konusunda bütçe önerisinde bulunabilme imkânı sağlanmaktadır.[72] Bununla birlikte bu katılım, yönetimin veya idarenin nasıl işleyeceğine yönelik doğrudan bir istikamet belirlemek yerine yapılacak işlerin en uygun şekilde yapılması bakımından bir etki doğuracaktır.[73]

Katılımcı bütçe uygulamasının, öncelikli olarak katılımı ele almamasına ve etkin bir katılım süreci olarak görülmemesine rağmen bu uygulama sonuçta bir katılım sürecini içermektedir. Bu süreç içerisinde vatandaşlar belirli alanlarda politika belirleme yetkisiyle sahip olup siyasi haklarını doğrudan kullanmaktadırlar.[74] Bununla birlikte kamu yönetiminde verimlilik düşünüldüğünde ise bu uygulamanın karar alınmasını geciktirici bir etkiye sahip olabileceği dile getirilebilir.[75] Yine katılımcı bütçe görüşmelerinin genel bir tartışma ortamı oluşturacağı, hatta belirli kesimlerin diğer kesimleri etkisi altına alacağı dile getirilse de katılımcı demokrasinin sağlayacağı en önemli fayda demokratik meşruluğun artırılması olarak dile getirilmektedir.[76] Buna göre toplumun kesimleri bakımından ortak iyinin takibinde katılımcıların arzuları dikkate alınmaktadır. Yine burada katılımcılar rastgele seçilerek yapılan modellemede toplumun farklı kesimlerinin daha fazla temsili hedeflenir ve bütçe öncelikleri üzerinde yoğun tartışmalara yer verilir. Buna göre toplumsal refah, bireyin sağlığı ve refahı, ekonomik başarı ve sağlıklı politik ortam ile bağlantı halindedir.[77] Buna göre katılımcı bütçe uygulamaları halk girişimini genişleten ve bireyler ya da sivil toplum ile yönetim arasındaki bağı güçlendiren bir etkiye sahiptir. Bu noktadan konu ele alınacak olursa katılımcı bütçe uygulamalarının "vatandaşlık" algısını değiştirdiği de söylenebilir.[78] Buna göre vatandaşlık sadece seçim dönemleri bakımından kullanılan haklardan ibaret olmayıp seçim dönemleri haricinde de politika belirlenmesinde etkin olarak müdahil olmayı de içermektedir.

---

72 **Wampler, Hartz-Karp,** s.1.

73 **Szescılo,** s. 374.

74 **Wampler, Hartz-Karp,** s.1.

75 **Szescılo,** s. 374.

76 **Wampler, Hartz-Karp,** s.2.

77 **Wampler, Hartz-Karp,** s.2.

78 **Szescılo,** s. 374-375.

Günümüzde katılımcı bütçe uygulamasının örneklerinden birisi New England halk toplantılarıdır. Buna göre bu toplantılarda politik sorunlar pratik bir şekilde dile getirilip görüşülür. Burada resmi yetkililerle vatandaşlar bir araya gelerek bütçe tahsisatı ile ilgili problemlerin çözümü üzerine müzakerelerde bulunurlar. Bununla birlikte bütçe konusunun karmaşıklığı ve önceki bütçe döneminden kalan sınırlamalar nedeniyle bütçenin tamamı değil de küçük bir oranı üzerinde müzakereler yapılmaktadır.[79] Benzer bir durum Polonya için de geçerlidir. Buna göre vatandaşlar planlanan harcamaların %2'sinden daha az, yani sınırlı bir miktar için katılım gerçekleştirebilmektedir.[80] Öte yandan bütçe ile ilgili görüşmelerde yapılacak oylamalar gizli olabileceği gibi açık oylama da yapılabilmektedir. Yine karar çoğunluğu olarak salt çoğunluk ya da nitelikli çoğunluk aranabilmektedir. Burada oylamaya dair belirlenecek kurallar genel seçimlerle aynı olabileceği gibi farklılık da gösterebilir.[81]

b. Katılımcı Bütçe Modelleri

Katılımcı bütçe uygulamaları farklı yönlerden ele alınabilmektedir. Örneğin kamu kaynaklarının belirlenmesi ve dağılımı bakımından katılım üç seviyede olabilir. Bunlardan ilk seviye bütçenin şekillendirilmesidir. Bu seviyede vatandaşlar bütçe dönemlerinde kamu harcamalarını planlarlar. Harcamaların denetimi olarak ifade edebileceğimiz ikinci seviyede vatandaşlar tahsisatlar ile harcamalar arasındaki tutarlılığı denetlemektedirler. Son olarak vatandaşlar kamu kaynaklarıyla sunulan hizmetlerin kalitesini değerlendirmektedirler.[82] Görüldüğü üzere vatandaşlar farklı seviyelerde farklı yollardan bütçenin belirlenmesi ve harcamaların denetimi noktasında sürece müdahil olabilmektedir. Diğer bir açıdan bütçe konusunda katılım farklı şekillerde gerçekleşebilmektedir. Bunlardan Porto Alegre modeline göre katılım, bütçenin genel stratejisi üzerine olmaktan ziyade somut proje ve yatımlar hakkında gerçekleşmektedir. Katılım sürecindeki aktörlerin ortak menfaatler etrafında organize olmuş kuruluşlar olmaları halinde de katılım genel konulardan ziyade belirli projelere

[79] **Wampler, Hartz-Karp,** s.2.

[80] **Szescilo,** s. 385. Bu noktada Polonya'da bütçenin tamamı üzerinde bir referanduma gidilememekte olup sadece önemli yerel yatırım projelerinin finansmanı konusunda referanduma gidilebilmektedir. Ancak burada da referandumun geçerliliği yöredeki vatandaşların en az %30'nun katılımını gerektirmektedir. **Szescilo,** s. 379.

[81] **Wampler, Hartz-Karp,** s.3.

[82] **Szescilo**, s. 376.

dair olacaktır. Yine küçük fonlarla finanse edilecek yatırım projelerinin yöredeki vatandaşlar tarafından dağıtılması da bir diğer katılım türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Diğer bir modele göre katılım sürecinde belirleyici olan unsur yapılacak "iş"tir. Buna göre hangi işlerin yapılacağı konusunda yapılan belirlemelerin ardından bunların finanse edilmesi konusunda kararlar alınmaktadır. Bunlardan Porto Alegre modeli, vatandaşın kamu kaynaklarıyla ilgili doğrudan etkisinin en fazla olduğu model olarak ifade edilmektedir.[83] Aslında tüm katılım modellerinde hedeflenen şeffaflığın arttırılarak hesap verilebilirliğin daha etkin sağlanabilmesidir.

Öte yandan bütçe konusunda yönetimi bağlayıcılığı niteliği olmayan katılım süreçlerinin yönetimin karar alma yetkisi bakımından sınırlayıcı bir etkisi bulunmamaktadır. Bu durumda özellikle bazı yerel yönetimlerin tavsiye niteliğinde katılım süreçlerinin üzerinde durmadan ya da bu noktayı perdeleyerek doğrudan demokrasi girişimi ya da karar alma yetkisinin paylaşımı şeklinde bir atmosfer oluşturma çabası içerisinde oldukları dile getirilmektedir.[84]

II. ÇEVRE HAKKI VE REFERANDUM

A. GENEL OLARAK

Çevre hakkı bağlamında katılım, farklı halk kesimlerinin çevresel yönetim sürecinde hem kararların alınması, plan ve politikaların oluşturulması sürecinde, hem de bunların gereklerinin yerine getirilmesinde, rol alarak etkili olmalarıdır.[85] Çevre hakkı ve bu kapsamda çevrenin korunması, diğer bütün insan hakları sorunları gibi özünde bir demokrasi sorunu, demokratik katılım sorunudur.[86] Bu nedenle katılımcı demokrasinin vasıtaları ve özellikle de bölgesel referandumlar, çevre hakkı bakımından son derece önemlidir. Hatta bu konu bazı toplumlarda son zamanların en öncelikli konuları arasında yer almaktadır. Dünya ölçeğinde referandumlarda artış eğilimi bulunmasına ve birçok ülkenin anayasasında referandumun düzenlenmesine rağmen, hâlâ çoğu ülkede referanduma sınırlı sayıda başvurulduğu ve temsili demokrasinin içinde ciddi bir

---

83 **Szescilo,** s. 377.

84 **Szescilo,** s. 384. Bununla birlikte her ne kadar tavsiye niteliğinde bir katılım süreci gerçekleşmiş olsa bile halk tarafından seçilen projelerin geri çekilmesi ya da ciddi değişikliklere uğraması yine halk nezdinde ciddi bir direnmeye neden olabilecektir. **Szescılo,** s. 384.

85 **Turgut, Nükhet,** (1997) Sürdürülebilir Kalkınmanın Sağlanmasında Katılımın Rolü, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi C: 52, S: 1, s. 709.

86 **Gürseler, Güneş,** (2008) İnsan Hakları, Çevre, Anayasa, TBB Dergisi, Vol: 75, s.207.

yer edinemediği düşünülmektedir.[87] Yine referandumlar ülkemizde temsili demokrasi sisteminin alternatifi olarak değil de onun bir uzantısı olarak değerlendirilmektedir. Buna göre referandumların geniş kapsamlı uzlaşı yerine iktidarların aldığı kararların onanması hedefine yöneldikleri ileri sürülmektedir.[88] Buna karşın amacı ve uygulanma sıklığı bir yana bırakılacak olursa özellikle çevre hakkı bakımından referandum uygulamalarının, sorunların çözümünde önemli bir etkiye sahip olduğu söylenebilir.

Çevrenin korunabilmesi öncelikle halkın bu konudaki duyarlığının, başka deyişle tepki verebilme bilincinin gelişmesine ve yoğunluğuna bağlı kılınmaktadır. Kamuya mal olmamış bir hakkın, kamu tarafından tahrik edilerek çalıştırılmayan hukuksal kurumların, somut alanda bir görünümü olmayacaktır.[89] Çevre hakkının korunması ve kalkınma arasındaki dengenin sağlanmasında birinci derece söz sahibi olanlar, bu projelerden öncelikle etkilenen ya da etkilenecek olan toplum kesimleri olacaktır. Bu noktada özellikle yeraltı kaynaklarının çıkarılması ve işlenmesi, ele alınan konu bakımından farklı bir öneme sahiptir. Bu konuda yaşanan tartışmalar ilk olarak ABD'de sanayi tesislerinin ve bunlardan kaynaklanan atıkların siyahi nüfusun yoğun olarak yerleştikleri bölgelerde konuşlandırılmasına ve bu kapsamda "çevresel ırkçılığa" bir tepki olarak 1980'lerde ortaya çıkmıştır.[90]

Yer altı kaynaklarının işlenmesi ve işletmelerin yönetilmesi hakkında alınacak kararlar ulusal düzeyde toplumun dikkatini çeken önemli bir konudur.[91] Hatta bu gibi durumlarda gerçekleştirilen faaliyetlerden öncelikle etkilenecek yöre insanlarının önceden, bilgilendirilmiş ve serbest bir biçimde rızalarının alınması gerekliliği (her ne kadar tartışmalı da olsa) yeni bir insan hakkı türü

---

87 **Solak, Mehmet,** "TBMM Araştırması: Bir Doğrudan Demokrasi Aracı Olarak Referandum": Boztekin, Nihal (Editör) Demokrasi ve Siyasal Katılım Uluslararası Konferans 23-24 Haziran 2012, Heinrich Böll Stiftung Derneği Türkiye Temsilciliği, İstanbul.

88 **Kalaycıoğlu, Ersin**, "Türkiye'de Halkoylamaları: Katılma mı, Yürütme Vesayeti mi?": Boztekin, Nihal (Editör) Demokrasi ve Siyasal Katılım Uluslararası Konferans 23-24 Haziran 2012, Heinrich Böll Stiftung Derneği Türkiye Temsilciliği, İstanbul.

89 **Gemalmaz, Mehmet Semih**, (1986-1987) Bir İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı ve Türk Düzenlemesi, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'e Armağan, C:52, S:1-4, s.272-273.

90 **Wiley, Lindsay F**., (2014), Health Law as Social Justice, Cornell Journal of Law and Public Policy, V:24, s.57.

91 **Overdevest,** s.685.

olarak nitelendirilmektedir.[92] Buna göre çevre konusu aslında az veya çok toplumun tamamını ilgilendiren konulardır, ancak toplumdaki bazı kesimlerin çevre konularına olan ilgi yoğunlukları daha fazladır. Örneğin, kerestecilik ya da madencilik işleriyle ilgilenen toplumsal grupların menfaat yoğunlukları fazla olmakla birlikte bu faaliyetlerin çevresel mahiyetleri konusundaki duyarlılıklar toplumun tümüne dağılmış durumdadır.[93] Bu durumda toplumun diğer kesimleri tepkilerini gösterme noktasında lobiler karşısında zayıf düşebilmektedir. Bununla birlikte çevre konularında gerek mevzuat gerek yargı kararları gerekse de denetleyici kurumlar vasıtasıyla ilgi ya da fayda gruplarının şekillendirildiği düşünülmektedir. Böyle bir tabloda çevreci grupların, çevreyi koruma yükümlülüğü olan kurumlardan daha fazla güçlendiği, bu durumun da aslında çevrenin korunması bakımından bekleneni ortaya çıkartmadığı dile getirilmektedir.[94] Aslında katılımcılığın getirdiği önemli sonuçlardan biri de özellikle çevresel konularda kamu hizmeti sunan idari birimlerde katılımcılığın kurumsal bir hal alarak idari işleyişin bir parçası haline gelmiş olmasıdır.[95] Öte yandan bu konuda ABD'de yapılan bir araştırmaya göre milletin belirlediği temsilcilerin görev yaptığı kurumsal yapıların çevre politikalarının belirlenmesinde daha etkin ve verimli olduğu sonucuna işaret edilmektedir.[96] Diğer yandan uluslararası alanda çevre hukukunun düzenlenmesi sürecine devletlerin dışında iki aktörün daha katılımcı olduğu görülmektedir. Bunlardan birisi şirketler ya da ticari firmalar diğeri ise HDO'lardır. Bu noktada ticari firmaların süreç içerisinde hükümetlere göre daha donanımlı ve etkin olabilecekleri düşünülmektedir. Buna karşın HDO'ların süreç içerisinde hükümetlere danışmalık suretiyle bilgi akışı sağladıkları ve bu faydalarının da hükümetlere ücretsiz olarak sağlandığı belirtilmektedir.[97]

Uluslararası hukuk alanında çevre hakkı konusu diğer haklara nazaran yeni sayılabilecek bir alandır. Günümüz anlamıyla, çevre konusundaki uluslararası düzenlemelerin başlangıcı olarak Birleşmiş Milletler tarafından Haziran

---

92 **McGee,** s.571.

93 **Overdevest,** s.688.

94 **Overdevest,** s.687-688.

95 **Espeland,** s.1077.

96 Bu araştırmanın sonucu ve tablolar için bkz. **Overdevest,** s.690 vd.

97 **Raustiala,** s.558-559.

1972 tarihinde Stockholm'da gerçekleştirilen "İnsan Çevresi Konferansı" sonrasında kabul edilen "Stockholm Deklarasyonu" gösterilmektedir.[98] Çevre hakkı bakımından getirilen uluslararası düzenlemelerin en iyi örneklerinden ve en önemli gelişmelerinden birisinin Avrupa için Birleşmiş Milletler Ekonomik Komisyonu tarafından 1998'de hazırlanan Bilgiye Erişim, Karar Alma Süreçlerine Halkın Katılımı ve Çevresel Sorunlarda Yargıya Erişime Dair Konvansiyonu (Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making, and Access to Justice in Environmental Matters- Aarhus Convention) olduğu dile getirilmektedir.[99] Bu konvansiyona[100] göre çevre konularında kamu makamlarından bilgi edinme (m.4), ki burada kirliliğe neden olan devlet buna dair bilgi vermekle yükümlüdür, **çevre konularında alınacak kararlara etkin katılım** (m.6-7-8), çevreyle ilgili esasa veya usule ilişkin yasal hükümlere karşı yargı organlarına ya da yargı benzeri kurumlara başvuru (m.9) ayrı ayrı hak olarak düzenlenmektedir. Ulusal düzeyde ise katılımı esas alan bir ülke olarak Kanada'da çevre konularında yasa yapma faaliyetine halkın katılımı öncelikle ve yasal olarak öngörülmektedir.[101] Bu bağlamda çevresel katılma hakkı, çevre hakkının araçlarından birisi olarak değerlendirilmektedir. Ülkemizde ise çevresel katılma hakkına hiç yer vermediği; çevre hakkı ile bu araç hak arasındaki hukuki ilişkinin kurulmadığı dile getirilmektedir. Çevresel katılma hakkı birçok uluslararası hukuk metninde düzenlenmesine rağmen bu düzenlemeler Türk Anayasa Mahkemesi tarafından ne bağımsız ölçü norm ne de destek ölçü norm olarak dikkate alınmamaktadır.[102]

---

98 **Çiçek, Erol,** (2012) İnsan Hakkı Olarak Çevre ve Çevre Hukukuna Hakim Olan Bazı İlkeler, TBB Dergisi, Vol:103, s. 352.

99 **Dadak, Kemal,** (2015) Yeni Kuşak Hak Olarak Çevre Hakkı, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 2015, S.5, Avrupa için BM Ekonomik Komisyonu (UNECE) BM'nin 5 bölgesel komisyonundan biridir. Komisyonun amacı tüm Avrupa'da ekonomik entegrasyonun sağlanmasını teşvik etmektir. www.unece.org/mission.html (s.e.t. 26.12.2018)

100 Konvansiyon metni için bkz. www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf (s.e.t.26.12.2018) Yine bu konuda kurumsal olarak Konvansiyon hükümlerinin uygulanmasına dair 2004 tarihli rehberin için bkz. www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/Publications/Aarhus_Implementation_Guide_interactive_eng.pdf (s.e.t.26.12.2018)

101 Environmental Protection Act, SN, 2002 c E-14.2 Newfoundland, www.assembly.nl.ca/legislation/sr/ statutes/ e14-2.htm (s.e.t.26.12.2018).

102 **Semiz, Yasemin,** (2014) Anayasa Mahkemesi'nin Çevre Hakkı Perspektifi, Hacettepe HFD, Vol: 4(2), s. 44.

B. REFERANDUMUN ÇEVRE HAKKINA OLAN ETKİLERİ

Bireylerin karar alma süreçlerine katılımı, çevre sorunlarının gündeme getirilmesinde, çevre politikalarının geliştirilmesinde ve çevrenin korunması bakımından hukukun işletilmesinde önemlidir. Ancak katılım, çevrenin korunması bilincinin daha sağlam temellere oturtulması bakımından daha önemli bir role sahiptir.[103] Günümüzde çevreye verilen zararları toplumun tamamının eşit olarak üstlenmesi gerektiği anlayışının değiştiği ve toplumun gelir seviyesi düşük alt katmanlarının bu zararlı neticelerden daha fazla etkilendikleri dile getirilmektedir.[104] Buna göre özellikle ABD'de çevre kirliliği konusunda atık yönetiminden, gerekli cezaların kesilmesine kadar pek çok alanda ırkçı yaklaşımların sergilendiği dile getirilmekte[105] ve bu durum "çevresel ırkçılık" (environmental racism) olarak adlandırılmaktadır.[106] Aslında çevresel ırkçılık, kamu politikaları ve endüstri uygulamalarının, bir yandan beyazlara fayda sağlarken diğer yandan endüstrileşmenin faturasının beyaz olmayan topluluklara kesilmesini sağlamak adına birleşiminden ortaya çıkmaktadır.[107] Buna göre ABD Çevre Koruma Ajansı'nın atık depolama alanı olarak üzerinde çalıştığı alanların ¾'ünün siyahilerin yaşadığı bölgeler olduğu ve yine buralarda yaşayan insanların düşük gelir seviyesine sahip oldukları belirtilmektedir.[108] Bununla birlikte

---

[103] **Hatipoğlu, Mehmet** (2016) Çevrenin Korunmasında İdari Yaptırımların Caydırıcılık Açısından Değerlendirilmesi, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S:2016/1, s.108.

[104] **Killcreas, April Hendricks,** (2012) The Power of Community Action: Environmental Injustice and Participatory Democracy in Mississippi, Mississippi Law Journal, V:81:4, s.780-781. Bu konuda ABD'de yapılan bir araştırmaya göre azınlıkların yaşadığı bölgelerde çevre kirliliğine yönelik kesilen cezaların beyazların yaşadığı bölgelerde kesilen cezalar karşısında yaklaşık %46 oranında daha az olduğu dile getirilmektedir. **Lavelle, Marianne, Coyle, Marcia,** (1992) Unequal Protection: The Racial Divide in Environmental Law, National Law Journal, Sept, s.1-12.

[105] **Killcreas**, s.770.

[106] ABD'de 1982 yılında Warren County ve North Carolina'da zehirli atıkların öncelikli ve ağırlıklı olarak siyahilerin yaşadığı bölgelere atıldığı ifade edilmektedir. **Bullard, Robert D. Wrıght, Beverly**, (2008) Disastrous Response to Natural and Manmade Disasters: An Environmental Justice Analysis Twenty-Five Years after Warren County, UCLA Journal of Environmental Law and Policy V:26, 221 vd.

[107] **Bullard, Robert D.** (1994) Dumping in Dixie: Race, Class and Envıronmental Qualıty, 3. Baskı, Westviev Press, Colorado, s. 98.

[108] U.S. General Accounting Office Siting of Hazardous Waste Landfills and Their Correlation With Racial and Economic Status of Surrounding Communities, 1983, s.2-3.

aynı konu bağlamında ayrımcılığa maruz kalınmasının "çevresel adalet" kavramıyla açıklanmaya çalışıldığı ancak bu kavramın sorunu tam olarak tanımlamaya yetmeyeceği dile getirilmektedir. Buna göre çevresel adalet, ırk ya da köken veya gelir seviyesi ayrımı yapılmaksızın tüm bireylerin temiz ve sağlıklı bir yaşam çevresine erişebilmesini ifade etmektedir.[109] Bu noktada ayrımcılığa uğrayan kesimlerin açtığı davaların toplumsal aktivitelerle desteklendiği belirtilmektedir.[110] Yine bu noktada siyasi iktidarların üzerlerine düşen, uluslararası insan hakları yükümlülüklerine uymak ve karşıt görüşlü kesimlerin siyasi katılım haklarını ihlal etmemektir.[111]

Diğer yandan Birleşmiş Milletler Yerel Halklar Deklarasyonu'nda topraklarının tüketilmesi ya da sömürülmesi karşısında yerel halkın rızasının alınması gerekliliği ve projelerin uygulanış biçimlerini belirleyebilmeleri, kalkınmanın kendi ihtiyaçları ve menfaatlerine uygun olarak gerçekleşmesini istemeleri bir hak olarak değerlendirilmektedir.[112] Hatta McGEE bireylerin bu hakkını "katılım hakkı"nın bir devamı olarak görmektedir.[113] Bununla birlikte çevresel konularda kendi kaderini tayin hakkının (environmental self-determination) tarafsız, önceden ve aydınlatılmış rıza hakkının uluslararası hukuk doktrini ekseninde yansıtılmış hali olduğu dile getirilmektedir.[114] Eğer hukuk mücadelesi toplumların sorunlarına son verme bakımından tek çare ise bu konuda yargı dışında kalan sivil toplum girişimlerinin, ki burada katılımcı demokrasi araçlarının kullanımı oldukça önemlidir, altının önemle çizilmesi gerekmektedir. Zira siyasi bağlantıları olan ve kaynak kullanımı bakımından üstünlüğü bulunan davalıların yaşanan süreçlerde baskın gelme ihtimali yüksek olacaktır.[115] Aslında adil olmayan bir şekilde bölgelerine depolanan zehirli atıkların çevresel

---

109 **Killcreas,** s.775-776.

110 **Killcreas,** s.773. ABD Turkey Creek olayında kamuoyunun aktif bir şekilde yaşanan süreçlere katılımının verilen hukuk mücadelesinin kazanılmasında ne kadar önemli olduğunu göstermektedir. Bkz. **Killcreas,** s.782 vd.

111 **Wood,** s.201.

112 Open Element, Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, General Assembly Resolution. 61/295, U.N. Doc. A/RES/61/295 www.documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/512/07/pdf/N0651207.pdf? (s.e.t.18.10.2018)

113 **McGee**, s. 571.

114 **Simons, Collins,** s.189.

115 **Cole, Luke W.,** (1992) Remedies for Environmental Racism: A View from the Field, Michigan Law Review, V:90, s.1991 vd.

zararlarından korunmak isteyen toplulukların başvuracağı en etkili yol bu süreçlere başından yani karar alma aşamasındayken toplumsal katılımı daha da arttırmak suretiyle müdahil olabilmektir. Bunun için de çevresel zararlara yol açabilecek muhtemel kararlarla ilgili olarak toplumda farkındalık oluşturmak gerekmektedir.[116] Demokratik katılım araçlarının bulunmadığı bir durumda yargısal yollar en etkin çözüm yolu olarak düşünülebilir. Ancak bu noktada verilecek en stratejik mücadele yargı yollarıyla demokratik katılım araçlarının birlikte takip edilmesidir. Buna göre yargı neticesinde tam anlamıyla çevresel adalet sağlanamadığı hallerde toplum politik arenada organize olmak suretiyle bu eksikliği giderip daha organize olmuş ve bilinçlenmiş gruplar karşısında galip gelebilir.[117] Bu çerçevede insan haklarını kapsayan ve referanduma sunulan kalkınma projelerinin ilk örneklerini Güney Amerika'da görebilmek mümkündür. Buna göre Arjantin, Meksika ve Peru gibi ülkeler ulusal ve yerel düzeyde hukuki düzenlemelere sahip olup, seçmenlere projelerin devam edip etmemesine dair tek soruluk bir referandum yapmaktadırlar. Bununla birlikte referandum öncesinde toplum konuyu tartışma imkânı da bulabilmektedir. Sonuç olarak bu yolla toplumlar kendileri için en uygun kalkınma modelini belirlemekte aktif bir rol oynamaktadırlar.[118]

C. "VAHŞİ KALKINMANIN"[119] TOPLUMLARIN KÜLTÜREL YAPILARINA OLAN ETKİLERİ

Kalkınma hamleleri kapsamında ortaya çıkan sanayi yatırımları sadece çevresel etkilere değil toplumun kültürel dokularına da zarar vermektedir. Buna göre yatırım sahalarındaki yerleşik halk bulundukları yerlerden göçe zorlanabilmektedir. Yine açılan yollar ve kurulan tesisler yerel halkın geçimlerini temin ettikleri doğal ekosistemi yok etmektedir. Bu durum toplumdaki yolsuzlukları ve diğer suç oranlarını arttırmakta ve kültürel yıkıma sebep olmaktadır. Ayrıca ekonomiye giren yüklü miktarlardaki sıcak para toplumda ayrılıklara yol açarak, yönetimin bencilleşmesine neden olmaktadır. Geleneksel aile yapıları da bu durumdan etkilenmekte ve bu yapılar birbirlerine ilgisiz ya da kayıtsız olan

[116] **Killcreas,** s.810.

[117] **Killcreas,** s.811.

[118] **McGee,** s. 573.

[119] Burada *"Vahşi Kalkınma"* terimi ile plansız, yerel halkın rızası alınmaksızın, çevreci olmayan sanayi yatırımlarına dayalı bir kalkınma modeli ifade edilmeye çalışılmaktadır.

bireylerin birliktelikleri halini almaktadır. Bu noktada böylesi oylamalar toplumlar açısından yöneticilerin belirlendiği tipik seçimlerden daha fazla öneme sahiptir.[120] Çevre hakkı bakımından kentleşme ve yerel kültürünün yaşatılması devlete yönelik önemli bir yükümlülük olarak görülebilir. Bu bakımdan bazı temel haklar açısında da özel sınırlama sebepleri öngörülebilir. Örneğin Türkiye Barolar Birliği'nin Anayasa Önerisinde "Yerleşme özgürlüğü" başlıklı 35. maddenin ikinci fıkrasında yerleşme özgürlüğünün "sağlıklı ve dengeli kentleşmeyi gerçekleştirme" amacıyla kanunla sınırlanabileceği düzenlenmektedir.[121]

SONUÇ

Katılımcı demokrasi, demokrasinin en esaslı katılım aracı olan "seçimlerin" dışında kalan diğer bazı vasıtaları öngörmek suretiyle demokratik katılım ve halkın belirleyici olma halini devamlı güncel tutulabilmesi düşüncesine hizmet etmektedir. Buna göre doğrudan demokrasinin imkansızlığı nedeniyle ortaya çıkan eksiklik katılımcı demokrasi vasıtalarıyla giderilmeye çalışılmaktadır. Bir ülkede demokratik katılım vasıtalarının varlığı ve çeşitliliği demokrasinin o ülkedeki kalitesini göstermektedir. Zira seçmen bu katılım yolları sayesinde seçimler sonrasına dahi menfaatlerini kovalama ve kollama imkanına sahip olabilecektir. Bu noktada meclis, hukuk devletinin gereği olarak yargısal denetime tabi olmanın yanı sıra bir sonraki seçim tarihini beklemeden doğrudan halkın denetimine açılmaktadır. Halkın katılım araçları vasıtasıyla yapacağı denetimin etkinliği, denetimin yerinde ve zamanında yapılmış olmasına bağlıdır. Zira halkın meclis üzerindeki bu müdahalesi ya da denetimi sonradan düzeltilemeyecek ya da düzeltilse bile geç kalınmış olacak zararların telafisi bakımından önemli olacaktır. Temsili vekalet anlayışı gereği mecliste, seçmenlerinden, en azından hukuken, bağımsız hareket edebilme yetkisine sahip olan temsilcilerin seçmen tercihlerinin aksine hareket edebilmeleri elbette ki mümkündür. Bu noktada yasama döneminin sonunda seçimlerin yenilenmesine kadar geçecek süre içerisinde seçmenlerin böyle bir durum karşısında herhangi bir politik vasıtaya sahip olmamaları demokrasiyi sınırlayıcı bir etki doğurmaktadır. Buna göre katılım vasıtalarının yer almadığı demokrasileri *"sınırlı demokrasiler"* (limited democracies) olarak tanımlamak mümkündür. Demokrasilerin öznesi öncelikle bireylerdir. Demokrasi hem araç hem de bir amaç olma özelliği ile

[120] **McGee,** s. 572-574.

[121] **Gürseler**, s. 204-205.

öncelikle bireylerin hizmetinde yer alır ve bireyleri bu yönde aktive eder. Bunun için ise gerekli vasıtaların bireylere sunulmuş olması gerekir. Söz konusu bu vasıtaları ise klasik vasıtalar ve yeni gelişen vasıtalar olarak sınıflandırabiliriz. Şüphesiz teknolojinin gelişmesi, maliyetinin ucuzlaması ve erişilebilirliğinin yaygınlaşması katılımcı demokrasi vasıtalarını çeşitlendirmekte ve kapsamını genişletmektedir. Buna göre gelecekte yeni katılım vasıtalarının ortaya çıkacağı muhakkaktır.

Öte yandan demokratik katılım vasıtalarının etkisi özellikle çevre konularında kendisini göstermektedir. Zira çevre kapsamında halkların yaşadıkları bölgelerin alınan "kararlar" neticesinde ciddi değişimlere uğrayacak olmaları bu süreçten doğrudan etkilenecek olan insanların da seslerinin dikkate alınmasını gerektirecektir. Aksi taktirde tek yanlı olarak bu bölgelerde tasarrufta bulunmak bu insanları ve geleceklerini yok saymak anlamına gelecektir. İşte bu insanların seslerini duyurabilmeleri demokratik katılım vasıtalarını kullanmaları suretiyle gerçekleşebilecektir. Buna göre bölgelerinde yapılacak projeler öncelikle bölge halkının yaşam biçimlerini, kültürlerini ve hayata bakış açılarını derinden etkileyeceği kaçınılmaz bir gerçektir. Bu nedenle de atılacak adımlar öncelikle bölge halkının rızasına dayanmalıdır. Demokratik katılım vasıtaları bu yönde bölge insanlarına önemli güvenceler sağlamaktadır. Örneğin sanayileşmenin ortaya çıkarttığı atıkların belirli grupların yaşadıkları bölgelere depo edilmesinde ciddi bir ayrımcılık ve insan hakları sorunu vardır. Bu sorunların aşılması alınacak kararların demokratik vasıtalarla biçimlenmiş olmasına bağlıdır. Çünkü en azından bu yolla bölge halkına projeleri engelleme ve haklarını güvence altına alma imkânı tanınmış olmalıdır.

KAYNAKÇA

Anayurt, Ömer, (2018) Anayasa Hukuku Genel Kısım, 1. Baskı, Ankara Seçkin Yayınevi.

Archibugi, Daniele, (2004) Cosmopolitan Democracy and Its Critics, European Journal of International Relations, V:10.

Atar, Yavuz, (2017) Türk Anayasa Hukuku, 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Best E., Augustyn M., Lambermont F. (2011) Direct and Participatory Democracy at Grassroots Level: Levers for forging EU citizenship and identity? 1. Baskı, Maastricht, European Union Publish,

Buček, Ján, Smith, Brian, (2000) New Approaches to Local Democracy: Direct Democracy, Participation and the 'Third Sector', Environment and Planning C: Politics and Space, V:18.

Bullard, Robert D. Wright, Beverly, (2008) Disastrous Response to Natural and Manmade Disasters: An Environmental Justice Analysis Twenty-Five Years after Warren County, UCLA Journal of Environmental Law and Policy V:26.

Bullard, Robert D. (1994) Dumping in Dixie: Race, Class and Envıronmental Qualıty, 3. Baskı, Westviev Press, Colorado,

Clark Sherman J. (2004) The Character of Direct Democracy, Journal of Contemporary Legal Issues, V:13.

Cole Luke W. (1992) Remedies for Environmental Racism: A View from the Field, Michigan Law Review, V:90.

Çiçek, Erol (2012) İnsan Hakkı Olarak Çevre ve Çevre Hukukuna Hakim Olan Bazı İlkeler, TBB Dergisi, Vol:103.

Dadak, Kemal (2015) Yeni Kuşak Hak Olarak Çevre Hakkı, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 2015, S.5, s.309-326.

Demir, Nesrin, (2010) Demokrasinin Temel İlkeleri ve Modern Demokrasi Kuramları, Ege Akademik Bakış / Ege Academic Review Vol:10(2)

Environmental Protection Act, SN, 2002 c E-14.2 Newfoundland, www.assembly.nl.ca/legislation/sr/ statutes/ e14-2.htm (E.t.26.12.2018)

Espeland, Wendy Nelson, (2000) Bureaucratizing Democracy, Democratizing Bureaucracy, Symposium: Law, Democracy and Society, Law & Social Inquiry, V:25, Issue 4.

Eule, Julian, (1990) Judicial Review of Direct Democracy, Yale Law Journal, V:99.

Floridia, Antonio, (2013) Participatory Democracy versus Deliberative Democracy: Elements for a Possible Theoretical Genealogy. Two Histories, Some Intersections, 4 - 7 September 2013, 7th ECPR General Conference Sciences Po, Bordeaux

Gemalmaz, Mehmet Semih, (1986-1987) Bir İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı ve Türk Düzenlemesi, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'e Armağan, C:52, S:1-4.

Gözler, Kemal, (2010) Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 1. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi.

Gürseler, Güneş, (2008) İnsan Hakları, Çevre, Anayasa, TBB Dergisi, Vol: 75.

Habermas, Jurgen (1999) Die Einbeziehung des Anderen - Studien zur politischen Theorie, Berlin, Surhkamp, Çeviren: AK, İlknur (2002) Öteki Olmak, Ötekiyle Yaşamak, 1. Baskı, İstanbul, YKY Yayınları.

Hatipoğlu, Mehmet (2016) Çevrenin Korunmasında İdari Yaptırımların Caydırıcılık Açısından Değerlendirilmesi, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S:2016/1.

Held, David, (2006) Models of Democracy, 3. Baskı, Polity Press, Cambridge.

International Institute for Democracy and Electoral Assistance, (International IDEA), Direct Democracy. The International IDEA Handbook, Stockholm, 2008.

Kaboğlu, İbrahim Ö. (2018) Anayasa Hukuku Dersleri, 13. Baskı, İstanbul, Legal Yayınevi.

Kalaycıoğlu, Ersin, "Türkiye'de Halkoylamaları: Katılma mı, Yürütme Vesayeti mi?": Boztekin, Nihal (Editör) Demokrasi ve Siyasal Katılım Uluslararası Konferans 23-24 Haziran 2012, Heinrich Böll Stiftung Derneği Türkiye Temsilciliği, İstanbul.

Kensing, Finn / Blomberg, Jeanette (1998) Participatory Design: Issues and Concerns, Computer Supported Cooperative Work V:7.

Kışlalı, Ahmet Taner, (2018) Siyasal Sistemler, Siyasal Çatışma ve Uzlaşma, 1. Baskı, İstanbul, Kırmızı Kedi Yayınevi.

Kıllcreas, April Hendricks, (2012) The Power of Community Action: Environmental Injustice and Participatory Democracy in Mississippi, 81 Mississippi Law Journal, V:81:4.

Lavelle, Marianne, (1992) COYLE Marcia, Unequal Protection: The Racial Divide in Environmental Law, National Law Journal, Sept.

Mcgee, Brant, (2009) Community Referendum: Participatory Democracy and the Right to Free, Prior and Informed Consent to Development, Berkeley Journal of International Law, V:27.

Mihailidis, Paul / Thevenin, Benjamin, (2013) Media Literacy as a Core Competency for Engaged Citizenship in Participatory Democracy, American Behavioral Scientist, V:57, Issue 11.

Moecklı, Silvano (2007) Direct Democracy and Political Participation from A Cross-National Perspective, (Editörler) ZITTEL, Thomas, FUCHS, Dieter, Participatory Democracy and Political Participation. Can Participatory Engineering Bring Citizens Back In? 1. Baskı, New York, Routledge.

Ochoa, Christiana, (2008) The Relationship of Participatory Democracy to Participatory Law Formation, Indiana Journal of Global Legal Studies, V:15:1. Open Element www.documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN /N06/ 512/07/pdf/ N06512 07.pdf? (E.t.18.10.2018)

Overdevest, Christine, (2000) Participatory Democracy, Representative Democracy, and the Nature of Diffuse and Concentrated Interests: A Case Study of Public Involvement on a National Forest District, Society & Natural Resources, V:13.

Raustiala, Kal, (1997) The Participatory Revolution in International Environmental Law, Harvard Environmental Law Review, V:21.

Renke, Wayne, (2015) Bedford, Substantive Rationality and Participatory Democracy, Review of Constitutional Studies, V:20, Issue 1.

Rodean, Neliana, (2011) Participatory Democracy: Mechanism of Better Regulation in Europe, 2011 Acta Universitatis Danubius Juridica, V:31, No.2.

Semiz, Yasemin, (2014) Anayasa Mahkemesi'nin Çevre Hakkı Perspektifi, Hacettepe HFD, Vol: 4(2).

Simons, Penelope / Collins, Lynda, (2010) Participatory Rights in the Ontario Mining Sector: An International Human Rights Perspective, McGill International Journal of Sustainable Development Law and Policy, V:6.

Solak, Mehmet, "TBMM Araştırması: Bir Doğrudan Demokrasi Aracı Olarak Referandum": Boztekin, Nihal (Editör) Demokrasi ve Siyasal Katılım Uluslararası Konferans 23-24 Haziran 2012, Heinrich Böll Stiftung Derneği Türkiye Temsilciliği, İstanbul.

Szescilo, Dawid, (2015) Participatory Budgeting in Poland: Quasi-Referendum Instead of Deliberation, 15 Croatian adn Comperative Public Administration, V:15/2.

Teziç, Erdoğan, (2009) Anayasa Hukuku, 13. Baskı, İstanbul, Beta Basım.

Turgut, Nükhet, (1997) Sürdürülebilir Kalkınmanın Sağlanmasında Katılımın Rolü, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi C: 52, S: 1.

U.S. General Accounting Office Siting of Hazardous Waste Landfills and Their Correlation With Racial and Economic Status of Surrounding Communities, 1983.

Wampler, Brian / Hartz-Karp, (2012) Participatory Budgeting: Diffusion and Outcomes Across the World Janette, Journal of Public Deliberation, V:8, Iss. 2, Art. 13.

Wood, Tim, (2015) Reinforcing Participatory Governance through International Human Rights Obligations of Political Parties, Harvard Human Rights Journal, V.:28.

Yaman, Fatih Turan, (2017) Katılımcı Demokrasi: Kapsam ve Unsurlar, Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.6, S.2, s.136-160.

Zabunoğlu, Gökçe, (2017) Bir Radikal Demokrasi Teorisi Olarak Müzakereci Demokrasi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol:66 (4)

www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/Publications/Aarhus_Implementation_Guide_interactive_eng.pdf (s.e.t. 26.12.2018)

www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/3-30.pdf (s.e.t. 26.12.2018)

www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf (s.e.t. 26.12.2018)

www.law.justia.com/codes/new-york/2015/twn/article-7/90/(s.e.t. 20.09.2018)

www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/07/20050713-6.htm(s.e.t. 05.01.2019)

www.unece.org/mission.html (s.e.t. 26.12.2018)

YBHD • Yıl 4 • Sayı 2019/2, s.55–112

KÖLELİK, ZORLA ÇALIŞTIRMA VE BENZER UYGULAMALARA İLİŞKİN YASAĞIN ULUSLARARASI HUKUK VE AİHM İÇTİHATLARI ÇERÇEVESİNDE GELİŞİMİ

Dr. Öğr. Üyesi Ali BAL[*]

ÖZET

Kölelik, köle ticareti, kulluk, insan ticareti, zorla veya zorunlu olarak çalıştırma ve bunlara benzer uygulamaların uluslararası hukuk çerçevesinde yasaklanması, insan haklarının tarihsel gelişimi içerisinde oldukça eskidir. İlgili uluslararası düzenlemeler, bu uygulamaların nisbeten azalmasına yol açmakla birlikte, sonunu getirememiş ve hatta hukuk karşısında âdeta bağışıklık kazanarak yeni ve kolaylıkla fark edilmez biçimlere bürünüp varlığını sürdürmesini ve dünyanın çeşitli yerlerinde endişe verici şekilde yaygınlaşmasını engelleyememiştir. Konuyla ilgili birçok düzenleme ve güvence mekanizması içinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin "kölelik ve zorla çalıştırma yasağı"nı düzenleyen 4. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihadı şüphesiz önemli bir yer tutar. AİHM'nin içtihadı, hem konuyla ilgili somut vakaların Sözleşme çerçevesinde denetlenip karara bağlanmasını sağlamaktadır hem de Sözleşmenin 4. maddesindeki insan hakları ile taraf devletlerin yükümlülüklerini açıklayıp geliştirmektedir. Böyle bir işlev görürken AİHM, söz konusu hükmün anlam ve kapsamını belirlemek ve bazen de sağladığı koruma düzeyini arttırmak için ilgili uluslararası hukuk düzenlemeleri ile Avrupa Konseyi üyesi devletlerin ortak değer ve standartlarını göz önünde bulundurmaktadır. Diğer taraftan, zorla veya zorunlu olarak çalıştırma mutlak bir yasak olmadığından, istenen bir çalışmanın bu yasak kapsamına girip girmediğini incelerken Mahkemenin çatışan menfaatleri 4. maddenin hedefleri ışığında bağdaştırmaya çalıştığı da görülmektedir. Bütün bunlar, konunun çeşitli yönleri bulunduğunu, geçmişte olduğu gibi günümüzde de önemini koruduğunu ve dikkatle incelenmesi gerektiğini göstermektedir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Hukuk, AİHM, Kölelik, Kulluk, İnsan Ticareti, Zorla veya Zorunlu Olarak Çalıştırma, Pozitif Yükümlülükler.

[*] Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, alibal.deu@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-0543-0136, (Geliş Tarihi: 12.04.2019 – Kabul Tarihi: 30.05.2019)

THE DEVELOPMENT OF PROHIBITION OF SLAVERY, FORCED LABOUR AND SIMILAR PRACTICES IN INTERNATIONAL LAW AND THE ECtHR CASE LAW

ABSTRACT

Prohibition of slavery, slave trade, servitude, human trafficking, forced or compulsory labour and similar practices in international law has a long-standing background within the historical development of human rights law. While the relevant international materials have caused a decrease in these practices, they could not be completely eradicated. Moreover their new and more subtle forms, as it were by developing immunity to the law, are alarmingly on the rise in many parts of the world. Article 4 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms prohibiting "slavery and forced labour" and the European Court of Human Rights case law have surely an important place in the relevant international legal instruments. ECtHR's judgments serve not only to decide the cases brought before the Court but also to elucidate and develop the human rights and the contracting states' obligations under Article 4 of the Convention. ECtHR, while doing so, makes reference to the relevant international law rules and common standards of the member states of the Council of Europe in order to determine the meaning and scope of the provision and sometimes to provide a higher level of protection. On the other hand the Court attempts to strike a balance between the competing interests in the light of the underlying objectives of Article 4 when deciding whether a service required to be performed falls within the prohibition of forced or compulsory labour since this prohibition has not an absolute character. All these features show that it is essential to examine carefully the subject which has many aspects and maintains its importance today as in the past.

Keywords: International Law, ECtHR, Slavery, Servitude, Human Trafficking, Forced or Compulsory Labour, Positive Obligations.

GİRİŞ

Maddî ve manevî yönleriyle insanın ya da daha spesifik olarak insan emeğinin sömürülmesini amaçlayan kölelik, kulluk, insan ticareti, zorla veya zorunlu olarak çalıştırma ve bunlara benzer uygulamaların uluslararası andlaşmalar ve *soft law* olarak nitelendirilen belgeler çerçevesinde yasaklanması oldukça eskiye dayanır. Ne var ki, uluslararası düzenleme ve güvence mekanizmalarının varlığı ve çokluğu bu uygulamaların kökünü kazıyamamıştır. Çeşitli istatistikler, günümüzde bu gibi uygulamaların değişik biçimlerine maruz kalanların sayısının ne kadar çok olduğunu göstermektedir. Öte yandan uluslararası toplum üyelerinin bunlarla mücadeleyi güçlendirecek işbirliğini arttırıcı önlemler almaya devam ettiği, yakın zamanlarda yeni andlaşmalar ve güvence mekanizmaları tesis edilip, ilgili uluslararası örgütlerin etkinliklerini çoğalttığı da görülmektedir.

Her ne kadar bölgesel bir andlaşma olsa da, 04.11.1950'de kabul edilip 03.09.1953'te yürürlüğe giren İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşmenin (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi; AİHS)[2] "Kölelik ve Zorla Çalıştırma Yasağı" başlığını taşıyan 4. maddesinin bütün düzenlemeler içinde özel bir önemi bulunmaktadır. Sözleşmeyle taraf devletlerce üstlenilen yükümlülüklere uyulmasını sağlamak üzere kurulan (m. 19), çeşitli şartları taşıyan bireysel başvuruları (m. 34, 35) bağlayıcı bir şekilde karara bağlayan (m. 46) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), diğerleri için olduğu gibi bu madde bakımından da söz konusu yetkileri haizdir. Dahası, AİHM, bu yetkilerini kullanırken 4. maddenin doğurduğu hak ve yükümlülüklerin içeriğine açıklık getirmekte ve zaman zaman bireylerin haklarını ve devletlerin yükümlülüklerini gelişmeci bir yaklaşımla tespit etmektedir. Bu çerçevede Mahkeme, karşılaştırmalı yorum yöntemine, daha açık bir deyişle taraf devletlerin ortak standartlarına ve ilgili uluslararası hukuk belgelerine de başvurmaktadır. Nisbeten yakın bir tarihte, Sözleşmenin lafzında geçmeyen insan ticaretinin 4.

[2] Bkz. UNTS, 1955, C: 213, s. 221 vd.; RG, 19.03.1954, S: 8662. Sözleşme ana metninin 11 ve 14 No'lu Protokollerle değiştirilen nihaî hâli için bkz. <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf> s.e.t. 05.04.2019; <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TR.pdf> s.e.t. 05.04.2019. Çalışmamızda bu son metindeki çeviriyi esas almakla birlikte, uygun görülen değişiklikler de yapılacaktır.

madde kapsamında bir yasak olduğuna hükmedilmesi bu gelişmeci yaklaşımın örneklerindendir.

"Kölelik, Zorla Çalıştırma ve Benzer Uygulamalara İlişkin Yasağın Uluslararası Hukuk ve AİHM İçtihatları Çerçevesinde Gelişimi" isimli bu çalışmada, bahsi geçen uygulamalara ilişkin uluslararası düzenlemelerin gelişimi açıklandıktan sonra, söz konusu yasağın AİHM tarafından nasıl anlaşılıp uygulandığı ele alınmaktadır.

I. KONUNUN ULUSLARARASI HUKUKTA DÜZENLENMESİ

Unsurları, uygulanma yöntem ve amaçları, temas ettiği hak ve değerler bakımından veyahut tarihsel olarak kölelik (*slavery*) ve zorla çalıştırmayla (*forced labour*) iç içe geçmiş veya bağlantılı pek çok uygulama bulunmaktadır[3]. Tüketici bir biçimde sayılamayacak kadar çeşitlilik gösteren bu uygulamalar[4], birbirlerine benzemekle birlikte, bazı unsurları veya getirdiği kısıtlamanın derecesi açısından farklılaşabilmektedir. Bunların her birinin kavramsal sınırlarını belirlemek veya her biri için özel bir rejim tesis etmek oldukça zordur. Bütün bunları kapsayacak bir üst/çatı kavram bulmak da pek mümkün gözükmemektedir[5]. Diğer taraftan, maddî ve manevî yönleriyle insanın ya da daha spesifik ola-

[3] Söz konusu uygulamalar arasında şunlar sayılmalıdır: kölelik, köleleştirme (*enslavement*), kulluk (*servitude/serfdom*), köle ticareti (*slave trade*), insan ticareti (*human trafficking*), ev işleri köleliği/kulluğu (*domestic slavery/servitude*), zorla veya zorunlu olarak çalıştırma (*forced or compulsory labour*), cinsel sömürü (*sexual exploitation*), fuhuşa zorlama (*forced prostitution*), erken veya zorla evlendirme (*early or forced marriages*), borç esareti (*debt bondage/bonded labour*), yasadışı evlat edinme (*illegal adoption*), dilendirme (*street begging*), insan kaçırma (*abduction*), organların alınması (*removal of organs*), organ ticareti (*trafficking in human organs*), angarya (*unpaid compulsory work*), cezaevi işçiliği (*prison-linked forced labour*), silahlı çatışmalarda çocukların kullanılması (*involvement of children in armed conflicts*). Daha genel olarak, ayrımcılık (*discrimination*), ırk ayrımcılığı (*apartheid*) ve sömürgecilik (*colonialism*) de bahsi geçen uygulamalarla ilişkilidir.

[4] Bu hususu Eski Yugoslavya Ceza Mahkemesi tespit etmektedir. Bkz. *Case of Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic*, ICTY (Appeals Chamber), Judgment of 12.06.2002, p. 119.

[5] Bu sebeple doktrinde ve uygulamada "*slavery-related practices*", "*slavery-like practices*", "*various forms of forced or compulsory labour*", "*contemporary forms of slavery*", "*modern/new slavery*" gibi ifadelere sıkça başvurulmaktadır. 1956 tarihli Kölelik, Köle Ticareti, Köleliğe Benzer Uygulama ve Geleneklerin Ortadan Kaldırılmasına Dair Ek Sözleşmede belirli tanımlar çerçevesinde bir ölçüde açıklığa kavuşturulan "*institutions and practices similar to slavery*" ifadesi tercih edilmiştir. Sözleşme için bkz. UNTS, 1957, C: 266, s. 3 vd.; RG, 04.04.1964, S: 11674.

rak insan emeğinin sömürülmesi/istismar edilmesi, hepsinin ortak noktası olarak görünmektedir. Oldukça genel bir kavram olan "sömürü" (*exploitation*)[6], üst kavram olarak kullanılmaya ise müsait değildir.

Son zamanlarda "modern kölelik" kavramına konunun güncelliğini, değişkenliğini ve çeşitli yönleri bulunduğunu ifade etmek amacıyla ve bir üst kavram denemesi olarak sıkça başvurulduğu görülmektedir. Ne var ki, anlamı konusunda görüş birliği bulunmayan bu kavrama pozitif uluslararası hukukta yer verilmez, bunun yerine bu kavramın kapsadığı öne sürülen uygulamalar düzenlenir[7].

Bahsi geçen uygulamaları yasaklayan birçok uluslararası düzenleme bulunmaktadır. Kölelik, köle ticareti, kulluk, insan ticareti, zorla veya zorunlu olarak çalıştırma ve bunlarla bağlantılı konuların uluslararası andlaşmalar ve *soft law* olarak nitelendirilen belgeler çerçevesinde düzenlenmesi, insan haklarının tarihsel gelişimi içerisinde oldukça eskidir.

İlk olarak köleliğin ve köle ticaretinin kaldırılmasına yönelik akımların (*abolitionism*; *abolition movement*) etkisiyle konunun ulusal hukuklar çerçevesinde düzenlendiği görülmektedir[8]. 1815 tarihli Viyana Kongresi Nihaî Senedine eklenen Köle Ticaretinin Yasaklanmasına İlişkin Bildiri[9] ise uluslararası hukuk açısından bu konuda bir milat olarak kabul edilmektedir[10].

---

[6] Menfaati için bir başkasından haksız bir biçimde yararlanma eylemi olarak tanımlanmaktadır. Bkz. **Garner, Bryan A.** (Ed.) (2009) Black's Law Dictionary, 9. Baskı, West Publishing Co., ilgili madde.

[7] Büyük ölçüde sömüren-sömürülen ilişkisine dayanan modern kölelik uygulamalarının, günümüzde ortadan kalktığı kabul edilebilecek olan ve mülkiyet ilişkisine dayanan geleneksel kölelik kavramıyla karşılaştırılması için bkz. **Duymaz, Erkan** (2013) "Modern Kölelik: Avrupa Konseyi Hukukunda Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasakları Üzerine Bir İnceleme", Legal Hukuk Dergisi, C: 11, S: 123, s. 67-104.

[8] Büyük coğrafî keşiflerin ardından köleliğin yaygınlaşıp, kurumsallaşması, bundan birkaç yüzyıl sonra ise -İngiltere ve Fransa başta olmak üzere- devletler tarafından yasaklanmaya başlaması ve çeşitli düşünürlerin konuya yaklaşımları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Gemalmaz, Mehmet Semih** (2007) Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 6. Baskı, Legal, s. 286-316.

[9] Metin için bkz. **Hansard, T. C.** (Ed.) (1816) The Parliamentary Debates from the Year 1803 to the Present Time, C: 32 (from the first day of February to the sixth day of March, 1816), T. C. Hansard, s. 200-201.

[10] İspanya Veraset Savaşları neticesinde kabul edilen 1713 Utrecht Andlaşmasıyla İspanya Amerikasına Afrikalı köleleri taşıma ayrıcalığını (*asiento*) elde etmişken İngiltere, birtakım ekonomik sebeplerin yanında, köleliğin kaldırılması akımının güçlenmesi ve İngiltere halkının önemli bir kısmının imzalarıyla desteklediği bir dilekçe kampanyası yürütülmüş olmasının etkileri

Bu tarihten 20. yüzyılın ortalarına kadar köleliğin ortadan kaldırılmasına yönelik olarak yaklaşık 300 adet ikili veya çok taraflı andlaşma kabul edilmiştir. Ne var ki bunların hiçbiri tam anlamıyla etkili olamamıştır[11]. Uluslararası toplum üyeleri daha sonraki yıllarda da konu üzerinde iradelerinin uyuştuğunu gösteren düzenlemeler yapmaya devam ederken, kölelik âdeta hukuk karşısında bağışıklık kazanarak değişik, genellikle daha hafifletilmiş ve kolaylıkla fark edilmez biçimlere bürünmüş şekilde insanın ve insan emeğinin sömürülmesine yol açan bir uygulama olarak varlığını sürdürmüştür.

Önceleri konu daha çok bizzat köleliğin yasaklanması şeklinde düzenlenirken, zaman içinde diğer uygulamalara ilişkin de düzenlemeler yapıldığı, son yıllarda ise insan ticareti hakkında uluslararası düzenlemeler yapılmasına ağırlık verildiği görülmektedir[12]. Bu konular, spesifik andlaşmalar, insan haklarına ilişkin genel andlaşmalar veya diğer uluslararası belgeler kapsamında düzenlenmektedir[13].

altında köleliğin kaldırılması konusunu Viyana Kongresi gündemine taşımıştır. Neticede kabul edilen Bildiride, insancıl prensiplere aykırılığı güçlü bir şekilde vurgulanan bu uygulamayı kınayan ve sona erdirme niyetini belirten ifadeler bulunmakla birlikte, yasağın uygulanmasıyla ilgili kesin bir yürürlük tarihi ya da bir icra mekanizması öngörülmemiştir. Bildiri, her ne kadar Atlantik ötesi köle ticaretinin ortadan kalkmasını hemen sağlamış olmasa da, bu konuda insanî bir yaklaşımın ilk kez çok taraflı bir şekilde kabul edilmesi açısından önem arz etmektedir. Bkz. **Trebilcock, Anne M.** (2000) "Slavery": Bernhardt, R. (Ed.), EPIL, C: 4, Elsevier, s. 423; **Clark, Ian** (2007) International Legitimacy and World Society, Oxford University Press, s. 37-60. Ayrıca bkz. <https://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/commons-select/petitions-committee/petition-of-the-month/the-congress-of-vienna-and-the-abolition-of-slavery/> s.e.t. 05.04.2019.

[11] Bkz. **Weissbrodt, David/Anti-Slavery International** (2002) Abolishing Slavery and Its Contemporary Forms, OHCHR-HR/PUB/02/4, s. 3. Diğer taraftan, olumlu görünen çabaların bir de karanlık yüzü bulunmaktadır. 19. yüzyılda Avrupa'da kabul edilen belgelerin "medenîleştirme misyonu"na atıf yapması veya köle ticaretinin müdahaleyle önlenmesine yetki vermesi, Afrika kıtasının sömürgeleştirilmesi için gerekçe teşkil edebilmiştir. Bkz. **Lesaffer, Randall** (2015) "Vienna and the Abolition of the Slave Trade", <http://opil.ouplaw.com/page/vienna-slave-trade-abolition> s.e.t. 05.04.2019.

[12] İnsan ticaretiyle mücadele için kabul edilen uluslararası düzenlemeler ve bunların getirdiği tanımlar, güvence mekanizmaları ve yükümlülükler hakkında bkz. **Kızılsümer, Deniz** (2007) "İnsan Ticareti ile Mücadele: Uluslararası Belgeler ve Türkiye'nin Çabaları", AÜSBFD, C: 61, S: 1, s. 113-145.

[13] İlgili andlaşma ve belgeler hakkında temel bilgiler için bkz. ILO/Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations to the 96th Session of the International Labour Conference, "Eradication of Forced Labour: General Survey concerning the Forced Labour Convention, 1930 (No. 29), and the Abolition of Forced Labour Convention, 1957 (No. 105)", 2007, s. 4-11. Konuyla ilgili uluslararası belgeler için ayrıca bkz. **Gallagher, Anne T.**

Gerek öteden beri kabul edilen düzenlemeler gerek devletlerin genel uygulamaları göz önünde bulundurularak, özellikle kölelik, köle ticareti ve kulluk yasağının uluslararası örf ve âdet[14] niteliğinde olduğu değerlendirilmektedir. Nitekim kölelik yasağı, etkisi bakımından UAD tarafından *erga omnes* bir yükümlülük olarak kabul edilmektedir[15]. Yine, Uluslararası Hukuk Komisyonunun çeşitli konularda hazırladığı andlaşma taslaklarına ilişkin şerhlerinde kölelik ve köle ticareti yasağı, emredici hukuk kuralları (*peremptory norms*; *jus cogens*) arasında zikredilmiştir[16].

Şimdi, insan haklarının bölgesel düzeyde korunması amacıyla kabul edilen AİHS'nin ilgili düzenlemeleri ile etkili ve etkin bir güvence sistemi sağlayan AİHM'nin konuya yaklaşımını ele alabiliriz. Böylece ilgili uluslararası andlaşma ve düzenlemelerin Mahkemenin içtihadında nasıl önemli bir yer tuttuğu da görülmüş olacaktır.

(2010) The International Law of Human Trafficking, Cambridge University Press, s. xxiii-lvi; *Case of J. and Others v. Austria*, ECHR (Fourth Section), Concurring Opinion of *Judge Pinto de Albuquerque*, Joined by *Judge Tsotsoria* of 17.01.2017 (final 17.04.2017), p. 2. Konunun insancıl hukukla da ilgisi bulunur. Uluslararası Kızılhaç Komitesinin yürüttüğü çalışmalarla tespit edilen örf ve âdetlerden 94. kural kölelik ve köle ticaretine, 95. kural ise zorla çalıştırmaya ilişkindir. Bu konulara ilişkin ulusal ve uluslararası düzenlemeler ve açıklamalar için bkz. <https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul> s.e.t. 05.04.2019. Bunların yanında BM Deniz Hukuku Sözleşmesinin "Köle taşıma yasağı" başlıklı 99. maddesi ile "ziyaret hakkı"nı düzenleyen 110. maddesi de, köleliğin ve köle ticaretinin önlenmesi için birtakım tedbirlerin alınması hususunda yetki ve yükümlülükler öngörmektedir. 10.12.1982'de kabul edilip 16.11.1994'te yürürlüğe giren işbu Sözleşme için bkz. UNTS, 1994, C: 1833, s. 396 vd. Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. **Gündüz, Aslan** (2003) Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler Örnek Kararlar, 5. Baskı, Beta, s. 357 vd.

[14] Uluslararası Adalet Divanı (UAD) Statüsü m. 38'de uluslararası örf ve âdetin, "*hukuk olarak kabul edilen genel bir uygulama*" olduğuna işaret edilmektedir. Bkz. <http://www.icj-cij.org/en/statute> s.e.t. 05.04.2019. Uluslararası örf ve âdetin unsurları hakkında bkz. **Pazarcı, Hüseyin** (2014) Uluslararası Hukuk Dersleri, 1. Kitap, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Turhan Kitabevi, s. 223-236; **Aybay, Rona/Oral, Elif** (2016) Kamusal Uluslararası Hukuk, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 122-127; **Sur, Melda** (2018) Uluslararası Hukukun Esasları, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Beta, s. 81-85.

[15] Divan, devletin bu yükümlülükleri bir bütün olarak uluslararası topluma karşı üstlendiğini, bunların doğası gereği bütün devletlerin ilgi alanına girdiğini ve bunlardan doğan hakların korunmasında bütün devletlerin hukukî menfaatinin bulunduğunu belirtmiştir. Bkz. *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, (Belçika *v.* İspanya), ICJ, Judgment of 05.02.1970, p. 33-34.

[16] Bkz. "Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries", Yearbook of the ILC, 1966, C: 2, s. 248, 261; "Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries", Yearbook of the ILC, 2001, C: 2, Bölüm 2, s. 33, 85, 112.

II. KONUNUN AİHS ÇERÇEVESİNDE DÜZENLENMESİ

A. AİHS'NİN 4. MADDESİNİN GENEL ÖZELLİKLERİ

1. Metin

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin "Kölelik ve Zorla Çalıştırma Yasağı" (*Prohibition of Slavery and Forced Labour*) başlıklı 4. maddesi, benzerliklere sahip, ancak nitelik ve/veya kişilere yönelik kısıtlamanın derecesi bakımından farkları da bulunan birtakım uygulamaları yasaklamaktadır.

İfade tarzı bakımından AİHS'nin 4. maddesi[17], işkence yasağını düzenleyen 3. ve kanunsuz ceza verilmemesini düzenleyen 7. maddelerde olduğu gibi yasakları göstermektedir. Anlam bakımından ise bu yasaklar, elbette ki taraf devletlerin yetki alanları içinde bulunan herkesin yararlanmasını sağlayacağı hak ve özgürlükleri içermektedir[18]. Bu açıdan 4. madde başlığını, "kölelik ve zorla çalıştırmaya tâbi olmama özgürlüğü" (*freedom from slavery and forced labour*) olarak anlamak da mümkündür.

İşbu madde her biri olumsuz cümle yapısıyla kurulan üç fıkradan oluşmakta; ilk iki fıkra konuyla ilgili yasakları, son fıkra ise 2. fıkradaki yasak kapsamına girmeyecek uygulamaları bildirmektedir.

AİHS m. 4'ün 1. fıkrasına göre[19], "*Hiç kimse köle ya da kul durumunda tutulamaz.*" Başka uluslararası düzenlemelerde geçen "köle ticareti"nden burada söz edilmemiş olmasının bir önemi yoktur; o da bu yasak kapsamındadır[20]. Sözleşmenin birçok kuralından farklı olarak hiçbir istisnası öngörülmeyen bu hüküm, taraf devletlerin savaş veya diğer olağanüstü hâllerde kullanabileceği derogasyon hakkı çerçevesinde dahi kısıtlayamayacağı, dışına çıkamayacağı (m. 15/2) bir yükümlülük getirmektedir.

---

17 Madde metniyle ilgili hazırlık çalışmaları hakkında bkz. **Schabas, William A.** (2015) The European Convention on Human Rights: A Commentary, Oxford University Press, s. 203-205.

18 Sözleşmenin 1. maddesine göre, "*Yüksek sözleşmeci taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşmenin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar.*" Buradaki "herkes" ifadesinin, söz konusu yetki alanı içinde hukuka uygun ya da hukuka aykırı şekilde bulunan kişilerin tamamını kapsadığı belirtilmelidir. **Mantouvalou, Virginia** (2012) "Human Rights for Precarious Workers: The Legislative Precariousness of Domestic Labor", Comparative Labor Law&Policy Journal, C: 34, s. 151.

19 İngilizce metin şöyledir: "*No one shall be held in slavery or servitude.*"

20 **Merrills, J. G./Robertson, A. H.** (2001) Human Rights in Europe: A Study of the European Convention on Human Rights, 4. Baskı, Manchester University Press, s. 48.

AİHS m. 4'ün 2. fıkrasına göre de[21], "*Hiç kimse zorla veya zorunlu olarak çalıştırılamaz.*"

AİHS m. 4'ün 3. fıkrası ise, maddenin amaçları bakımından hangi uygulamaların 2. fıkrada düzenlenen "zorla veya zorunlu olarak çalıştırma" teriminin kapsamına girmeyeceğini dört bent hâlinde göstermektedir. Buna göre[22],

"*Aşağıdaki hâller, bu madde anlamında 'zorla veya zorunlu olarak çalıştırma' sayılmaz: a) Sözleşmenin 5. maddesinde öngörülen koşullara uygun olarak tutulu bulunma veya şartlı tahliye süresi içinde olağan olarak yapılması istenen herhangi bir çalışma; b) Askerî nitelikli herhangi bir hizmet veya vicdanî reddin meşru sayıldığı ülkelerde, vicdanî reddi seçen kişilere zorunlu askerlik hizmeti yerine gördürülebilecek başkaca bir hizmet; c) Toplumun hayat veya refahını tehdit eden bir acil durumda veya âfet hâlinde gerekli görülen herhangi bir hizmet; d) Olağan yurttaşlık yükümlülükleri kapsamına giren herhangi bir çalışma veya hizmet.*"

2. İlgi

Çalışma haklarıyla ilgili en ağır suiistimalleri kapsayan AİHS'nin 4. maddesi[23], genel olarak klasik kişisel hakları içeren Sözleşmedeki çalışma hayatını ve çalışanları sıkı şekilde ilgilendiren iki düzenlemeden biridir; diğeri ise sendikal hakları da içeren 11. maddedir[24].

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre 4. madde, Sözleşmenin yaşama hakkını düzenleyen 2. ve işkence yasağını düzenleyen 3. maddeleri gibi, Avrupa

---

[21] İngilizce metin şöyledir: "*No one shall be required to perform forced or compulsory labour.*"

[22] İngilizce metin şöyledir: "*For the purpose of this Article the term 'forced or compulsory labour' shall not include: a) any work required to be done in the ordinary course of detention imposed according to the provisions of Article 5 of this Convention or during conditional release from such detention; b) any service of a military character or, in case of conscientious objectors in countries where they are recognised, service exacted instead of compulsory military service; c) any service exacted in case of an emergency or calamity threatening the life or well-being of the community; d) any work or service which forms part of normal civic obligations.*"

[23] **Mantouvalou, Virginia** (2013) "The Prohibition of Slavery, Servitude and Forced and Compulsory Labour under Article 4 ECHR": Dorssemont, Filip/Lörcher, Klaus/Schömann, Isabelle (Ed.), The European Convention on Human Rights and the Employment Relation, Hart Publishing, s. 143.

[24] **Sur, Melda** (1995) İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları: Avrupa Konseyi Çerçevesinde Kabul Edilen Belgeler, DEÜ Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, s. 8; **Dorssemont, Filip/Lörcher, Klaus** (2013) "Conclusions: The European Convention on Human Rights and the Employment Relation": Dorssemont, Filip/Lörcher, Klaus/Schömann, Isabelle (Ed.), The European Convention on Human Rights and the Employment Relation, Hart Publishing, s. 418-419.

Konseyini oluşturan demokratik toplumların en temel değerlerinden birini düzenlemektedir[25]. Bu çerçevede, m. 2, m. 3 ve özgürlük ve güvenlik hakkını öngören m. 5/1 ile birlikte "en temel haklar" (*core rights*)[26] arasında sayılan 4. maddeye ilişkin uyuşmazlıklar AİHM'nin nisbeten öncelikle inceleyeceği konular arasında sayılmıştır[27].

Böylesi önem atfedilen hakları düzenleyen AİHS m. 4'le korunan hukukî değerin genel olarak kişinin maddî ve manevî bütünlüğü ile emeği olduğu belirtilmelidir[28]. Öte yandan, esasen özgür kişilere yüklenen ve genellikle geçici bir nitelik arz eden zorla çalıştırmadan farklı olarak kölelik ve kulluk, kişinin genel statüsü veya durumuna ilişkindir[29]. AİHM'nin de buna paralel olarak, m. 4'te zikredilen uygulamaların kişinin varlığına veya haklarına yönelttiği müdahalenin şiddeti bakımından belirli ayrımlar yaptığı görülmektedir. Bu bağlamda Mahkeme, köleliğin kişiyi bir nesne durumuna dönüştürdüğüne[30]; kulluğun ise kişiyi köleliğe yaklaştıracak şekilde özgürlüğünden mahrum bıraktığına[31] ve zorla çalıştırmanın özel ve daha ağır bir türü olduğuna[32] işaret etmiştir[33].

Bunun yanında, ilgili bulunduğu hususlar nisbeten daha geniş bir şekilde gösterilen insan ticaretinin insan onurunu ve temel hakları tehdit ettiği, çeşitli biçimlerde sömürme amacı içerdiği, insanlara mal olarak muameleyi getirdiği,

---

25 Bkz. *Case of Siliadin v. France*, ECHR (Second Section), Judgment of 26.07.2005 (final 26.10.2005), p. 82, 112; *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, ECHR (First Section), Judgment of 07.01.2010 (final 10.05.2010), p. 283; *Case of C.N. v. The United Kingdom*, ECHR (Fourth Section), Judgment of 13.11.2012 (final 13.02.2013), p. 65. Benzer yönde bkz. *Case of Stummer v. Austria*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 07.07.2011, p. 116.

26 Bazı kaynaklarda "*the most fundamental rights*" şeklinde geçmektedir.

27 Mahkemenin 22.05.2017'de güncellediği öncelik politikası hakkında bkz. <http://www.echr.coe.int/Documents/Priority_policy_ENG.pdf> s.e.t. 05.04.2019.

28 **Doğru, Osman/Nalbant, Atilla** (2012) İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar, C: 1: İHAS 2, 3, 4, 5, 6 ve 7. Maddeler, Council of Europe/TC Yargıtay Başkanlığı, s. 317.

29 **Jacobs, Francis G./White, Robin C. A.** (1996) The European Convention on Human Rights, 2. Baskı, Clarendon Press, s. 69; **Merrills/Robertson**, s. 48; **Zwaak, Leo** (2006) "Freedom from Slavery, Servitude and Forced Labour (Article 4)": Dijk, Pieter van/Hoof, Fried van/Rijn Arjen van/Zwaak Leo (Ed.), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 4. Baskı, Intersentia, s. 444.

30 Bkz. *Case of Siliadin v. France*, p. 122.

31 Bkz. *Case of Siliadin v. France*, p. 123-124.

32 Bkz. *Case of C.N. and V. v. France*, ECHR (Fifth Section), Judgment of 11.10.2012 (final 11.01.2013), p. 91.

33 Bu çerçevede, kölelikten daha sınırlı bir uygulama olmakla birlikte kulluk, çalışma koşullarının bütünüyle bireyin kontrolü dışında olduğu bir durumu gösterir. **Jacobs/White**, s. 70.

insanların hareket özgürlüklerini kısıtladığı, tehdit ve şiddet içerdiği belirtilmektedir[34].

Zorla veya zorunlu olarak çalıştırma konularında ise, esasen çalışmanın bir yaptırım tehdidi altında ve kişinin rızasıyla yapılıp yapılmadığı denetlenmektedir[35]. Bunun yanında Mahkeme, bir taraftan "zorla" ifadesinin fiziksel ve ruhsal yönden kısıtlamayı akla getirdiğini belirtirken; diğer taraftan kişinin çalışmaya ilişkin rızasının tespitine ağırlık verip, bu noktada kişiye yüklenen külfetin orantılı olup olmadığını da göz önünde bulundurabilmektedir[36].

Anlaşıldığı üzere 4. maddede düzenlenen haklar, insan onuru, özgürlük hakkı, eşitlik ilkesi, kişinin maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkı, vücut bütünlüğü, düşünce ve hareket özgürlüğü, çalışmaya ilişkin irade özgürlüğü gibi değerlerle yakından ilgilidir.

3. Yorumlanma Yöntemi

AİHS ile güvence altına alınmış olan hak ve özgürlükler, herhangi bir tanımlama yapılmadan, kavramlara dayanan bir düzenleme yoluyla belirlendiğinden, bunların anlam ve sınırlarının saptanması zarureti ve zorluğu ile karşılaşılmaktadır. Diğer taraftan bu tarz düzenleme, hak ve özgürlüklerin zaman içinde uygulamayla geliştirilmesine imkân sağlayan olumlu bir yöne de sahiptir[37]. Nitekim AİHM, ağırlıklı olarak amaçsal (*teleological*) ve gelişmeci (*evolutive*) yorum yaklaşımı çerçevesinde, Sözleşmedeki hak ve özgürlüklerin anlamını belirlemekle kalmayıp, içeriğini de geliştirmektedir[38]. Böyle bir işlev görürken AİHM, insan haklarının etkili biçimde korunması ve bir Avrupa insan

---

[34] *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, p. 281-282. Ayrıca bkz. *Case of Chowdury and Others v. Greece*, ECHR (First Section), Judgment of 30.03.2017, p. 93.

[35] Yeri gelmişken belirtilmelidir ki, kişi özgürlüğü devredilebilir bir hak olmadığı için, kölelik veya kulluğa rıza gösterilmesi bu uygulamaları hukuka uygun hâle getirmez. **Jacobs/White**, s. 77-78; **Merrills/Robertson**, s. 50.

[36] Bkz. *Case of Van der Mussele v. Belgium*, ECHR (Plenary), Judgment of 23.11.1983, p. 34-37, 39.

[37] **Gözübüyük, Şeref/Gölcüklü, Feyyaz** (2004) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 5. Baskı, Turhan, s. 51.

[38] **Çavuşoğlu, Naz** (1992) "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni 'Yaşayan Belge' Yapan Yorum Teknikleri", İnsan Hakları Yıllığı, S: 14, s. 132; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 51, 139. AİHM kararlarının sadece Mahkemenin önündeki olayların çözümüne değil, aynı zamanda Sözleşmede yer alan kuralların açıklığa kavuşturulması, korunması ve geliştirilmesine de hizmet edip, Sözleşmenin 19. maddesinde belirtildiği gibi taraf devletlerin üstlendikleri yükümlülüklere uymalarına katkı sağladığı hakkında bkz. *Case of Ireland v. the United Kingdom*, ECHR (Plenary), Judgment of

hakları rejiminin oluşturulması amacını ortaya koymakta; AİHS'yi de değişen koşullara göre anlaşılması gereken "yaşayan bir belge" (*a living instrument*) olarak değerlendirmektedir[39].

AİHM, 4. maddede belirtilen ancak tanımlanmayan hak ve özgürlükler ile kavramların yorumlanmasında da AİHS hükümlerini tek kaynak olarak görmediğini, dünyadaki gelişmelerin göz ardı edilemeyeceğini belirtmiştir. 1969 tarihli Andlaşmalar Hukukuna Dair Viyana Sözleşmesi m. 31/1'e[40] gönderme yapan Mahkemeye göre, AİHS hükümleri, konu ve amacı insan haklarının etkili şekilde korunması olan Sözleşmenin genel bağlamı içinde okunmalıdır. Bu çerçevede, taraf devletler arasındaki ilişkilere uygulanabilir olan ilgili uluslararası hukuk ilke ve kuralları da dikkate alınmak zorundadır[41]. Dolayısıyla AİHM, doktrinde öne sürülen birtakım tereddütlerden farklı olarak, çalışma hakları ile insan haklarına ilişkin uluslararası normlar arasında sürekli bir etkileşim olduğunu ve konuya bütüncül bir şekilde yaklaşmanın (*integrated approach*) gerekliliğini teyit etmektedir. Böyle bir yaklaşım, Sözleşmenin 4. maddesinin potansiyel güç ve etkisini de ortaya çıkarmaktadır[42].

18.01.1978, p. 154; *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, p. 197 ve orada atıf yapılan kararlar; *Case of Konstantin Markin v. Russia*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 22.03.2012, p. 89; *Case of Jeronovičs v. Latvia*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 05.07.2016, p. 109.

39 Bkz. **Çavuşoğlu**, s. 137, 142-143; **Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancakdar, Oğuz** (2004) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2. Baskı, Seçkin, s. 71, 164-165. Sözleşmeyle kurulan sistemin başlıca amacının bireysel durumlara çözümler getirmek olmakla birlikte, sistemin bir misyonunun da, kamu düzenine ilişkin meseleleri ortak menfaate göre karara bağlamak ve böylece insan haklarının korunmasına ilişkin genel standartları yükseltmek ve taraf devletlerde insan hakları hukukunu yaygınlaştırmak olduğu hakkında bkz. *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, p. 197 ve orada atıf yapılan kararlar; *Case of Konstantin Markin v. Russia*, p. 89; *Case of Jeronovičs v. Latvia*, p. 109. Bunlara ilaveten Mahkeme, Sözleşmeyi insan hakları alanında "Avrupa kamu düzeninin anayasal belgesi" olarak nitelendirmektedir. Bkz. *Case of Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)*, ECHR (Chamber), Judgment of 23.03.1995, p. 75; *Case of Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 30.06.2005, p. 156.

40 Bu hükme göre, "*Bir andlaşma, hükümlerine andlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelâde mânâya uygun şekilde, iyi niyetle yorumlanır.*" Sözleşme metni için bkz. UNTS, 1980, C: 1155, s. 331 vd. Sözleşmenin çevirisi için bkz. **Gündüz** (2003), s. 183 vd.

41 Bkz. *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, p. 273-275. Bu son noktada, Viyana Sözleşmesi m. 31/3(c) hükmüne atıf yapılmıştır. Buna göre, andlaşmanın bütünü ile birlikte, "*uluslararası hukukun taraflar arasındaki ilişkilerde tatbiki kabil ilgili herhangi bir kuralı*" da dikkate alınır. Aynı göndermenin yapıldığı bir başka davanın ilgili kısmı için bkz. *Case of Meier v. Switzerland*, ECHR (Third Section), Judgment of 09.02.2016, p. 78.

42 Bkz. **Mantouvalou** (2013), s. 154-157. Burada nisbeten dar bir şekilde ifade bulan, esasen sosyal hakların insan haklarının bir parçası olmadığı görüşüne karşı bir tez ve yorum yöntemi olarak

Bu anlayışla hareket eden AİHM, 4. maddeyi yorumlarken, diğer uluslararası belgeler yanında şu andlaşmaları "ilgili hukuk" (*relevant law*) arasında saymış; hatta bazılarının etkisi kararda belirleyici bir rol oynamıştır:

- 1926 tarihli Kölelik Sözleşmesi (Cenevre Sözleşmesi)[43];
- ILO'nun 1930 tarihli ve 29 No'lu Zorla Çalıştırma Sözleşmesi[44];
- 1956 tarihli Kölelik, Köle Ticareti, Köleliğe Benzer Uygulama ve Geleneklerin Ortadan Kaldırılmasına Dair Ek Sözleşme[45];
- 2000 tarihli Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol (Palermo Protokolü)[46];
- 2005 tarihli Avrupa Konseyi İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi[47].

---

geliştirilen "bütüncül yaklaşım" hakkında bkz. **Karan, Ulaş** (2007) "Sosyal Hakların Güçlendirilmesi Açısından Bir İmkan: 'Bütüncül Yaklaşım'", Amme İdaresi Dergisi, C: 40, s. 31-62.

43 Bkz. LNTS, 1927, C: 60, s. 253 vd.; RG, 12.06.1933, S: 2425. Sözleşmenin 1. maddesindeki -klasik anlamına uygun olan- "kölelik" tanımı çerçevesinde başvuranın "köle" olarak tutulmadığı hakkında bkz. *Case of Siliadin v. France*, p. 122. Bu kararda AİHM'nin "ilgili hukuk" olarak zikrettiği diğer uluslararası belgeler şunlardır: Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin 2001 ve 2004 tarihli rapor ve tavsiyeleri; 2005 tarihli Avrupa Konseyi İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi; ILO'nun 1930 tarihli ve 29 No'lu Zorla Çalıştırma Sözleşmesi; 1956 tarihli Kölelik, Köle Ticareti, Köleliğe Benzer Uygulama ve Geleneklerin Ortadan Kaldırılmasına Dair Ek Sözleşme; 1989 tarihli Çocuk Haklarına Dair Sözleşme. Bkz. *Case of Siliadin v. France*, p. 49-51.

44 Bkz. UNTS, 1949, C: 39, s. 55 vd.; RG, 23.06.1998, S: 23381. AİHS'yi hazırlayanların 4. madde bakımından büyük ölçüde ILO'nun bu Sözleşmesine dayandığı; AİHS'nin kendine has özellikleri ile demokratik devletlerde hâlihazırda hüküm süren anlayışların ışığında okunması gereken yaşayan bir belge olduğu gerçeği gözden kaçırılmadan, davalı devlet dâhil hemen hemen bütün Avrupa Konseyi üyesi devletleri bağlayan bu Sözleşmenin dikkate alınacağı; Sözleşmesinin 2. maddesindeki tanımın AİHS m. 4'ün yorumlanmasında başlangıç noktası olabileceği; bu tanımdaki kriterlerin "zorla veya zorunlu olarak çalıştırma" durumunun tespiti bakımından bulunması gerektiği; yine de 4. maddenin hedefleri ışığında olayın bütün özelliklerinin göz önünde bulundurulacağı hakkında bkz. *Case of Van der Mussele v. Belgium*, p. 32, 34-37. ILO'nun bu Sözleşmesindeki kriterler bakımından durumu değerlendirildiğinde, başvuranın AİHS m. 4 anlamında zorla çalıştırmaya tâbi tutulduğu hakkında ayrıca bkz. *Case of Siliadin v. France*, p. 115-120.

45 Yukarıda bu Sözleşmenin referansı belirtilmiştir. Sözleşmenin "Köleliğe Benzer Uygulamalar ve Gelenekler" başlıklı 1. maddesindeki "serflik" (*serfdom*) tanımındaki kriterler ışığında durumu değerlendirildiğinde, başvuranın "kul" durumunda tutulduğu hakkında bkz. *Case of C.N. and V. v. France*, p. 90-94. Ayrıca bkz. *Van Droogenbroeck contre Belgique*, Rapport de la Commission, 09.07.1980, p. 79; *Case of Siliadin v. France*, p. 123.

46 Bkz. UNTS, 2005, C: 2237, s. 319 vd.; RG, 18.03.2003, S: 25052.

47 Bkz. UNTS, 2009, C: 2569, s. 33 vd.; RG, 07.04.2016, S: 29677.

Yukarıdaki son iki andlaşma, AİHM tarafından diğerlerinden de etkili bir şekilde uygulama bulmuştur. AİHS metninde yasak olduğu açıkça belirtilmiş olmasa da AİHM, Palermo Protokolü m. 3(a) ile İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi m. 4(a) anlamındaki "insan ticareti"nin AİHS m. 4 kapsamına girdiği sonucuna varmıştır[48].

AİHM, AİHS'nin kendine has özellikleri bulunduğunu ve günün koşulları ışığında yorumlanması gereken yaşayan bir belge olduğunu vurgularken, insan haklarının korunması bakımından giderek daha yüksek standartlara ihtiyaç duyulduğuna ve bunun demokratik toplumların temel değerlerine aykırılığı değerlendirmede daha katı olmayı gerektirdiğine de dikkat çekmektedir[49].

AİHM, yukarıdaki özellik ve gereklilikleri vurgularken, bir bakıma da taraf devletlerin Sözleşmeyi uygularken ne ölçüde takdir marjından yararlanabileceğini belirlemeyi amaçlamaktadır. Bu amaç çerçevesinde Mahkeme, taraf devletlerin büyük çoğunlukla -genellikle davalı devlet dâhil- taraf olduğu andlaşmaların yanında, Avrupa Konseyi üyesi devletlerin ulusal hukuk ve uygulamalarını da göz önünde bulundurmaktadır. Bir başka deyişle konuyla ilgili bir "Avrupa konsensüsü" (*European consensus*) bulunup bulunmadığı araştırılmaktadır[50].

Bu noktada, belirli bir konuda Sözleşmeye taraf devletlerin hukuk ve uygulamaları ortak bir paydada birleşmekteyse, AİHM'nin davalı devlete daha dar bir takdir payı bıraktığı ve taraf devletlerce üstlenilen yükümlülüklere uyulma-

---

48 Bkz. *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, p. 282. Bu andlaşmaların uygulandığı bir başka kararın ilgili kısımları için bkz. *Case of Chowdury and Others v. Greece*, p. 67, 88, 93, 100, 104. *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya Davası*na ilişkin kararında AİHM, başka birçok uluslararası belgeye de atıf yapmıştır. Kölelik bakımından Kölelik Sözleşmesi, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi içtihadı, 1998 tarihli Uluslararası Ceza Divanı Statüsü "ilgili hukuk" altında belirtilmiştir. İnsan ticareti bakımından ise, 1904 tarihli Beyaz Köle Ticaretinin Bastırılmasına İlişkin Anlaşma, 1910 tarihli Beyaz Köle Ticaretinin Bastırılmasına İlişkin Sözleşme, 1921 tarihli Kadınların ve Çocukların Ticaretinin Bastırılmasına İlişkin Sözleşme, 1933 tarihli Reşit Kadınların Ticaretinin Bastırılmasına İlişkin Sözleşme ve bu dört andlaşmayı bir bakıma kapsayan BM Genel Kurulunun kabul ettiği 1949 tarihli İnsan Ticaretinin ve İnsanların Fuhuş Yoluyla Sömürülmesinin Bastırılmasına İlişkin Sözleşme ile 1979 tarihli Kadınlara Karşı Her Türlü Ayırımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW), Palermo Protokolü, ilgili Avrupa Birliği Konseyi kararları, ilgili Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi belgeleri ve Avrupa Konseyi İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi zikredilmiştir. Bkz. *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, p. 137-174.

49 Bkz. *Case of Siliadin v. France*, p. 121, 148; *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, p. 277 ve orada atıf yapılan kararlar.

50 AİHM'nin belirttiği üzere, taraf devletler arasında bir ortak payda (*common ground*) olup olmaması, takdir marjının genişliğinin tespitinde göz önünde bulundurulan bir etkendir. Bkz. *Case of Stummer v. Austria*, p. 104.

sını sağlamak amacıyla (m. 19) daha katı/kapsamlı bir inceleme yaptığı görülmektedir. Fakat tersi söz konusuysa, yani taraf devletlerdeki hukuk ve uygulama yeknesak olmayıp çeşitlilik göstermekteyse, Mahkeme daha geniş bir takdir marjı olduğuna hükmedebilmektedir[51].

Aşağıda görüleceği üzere, 4. madde bakımından yukarıdaki yönteme genellikle tutulu bulunan kimselerden istenen çalışmalarla ilgili 3. fıkra "a" bendi hükmü çerçevesinde başvurulmaktadır[52].

Son olarak belirtilmelidir ki, bizzat 3. fıkra, AİHM tarafından 2. fıkranın yorumlanmasına yardımcı olacak bir düzenleme olarak değerlendirilmektedir[53].

B. AİHS'NİN 4. MADDESİNİN KAPSAMI VE GELİŞTİRİLMESİ

1. AİHM'nin Etki ve Etkinliği

AİHS m. 4'teki konular, yukarıda belirtildiği gibi başka uluslararası andlaşma ve belgeler çerçevesinde de düzenlenmiştir. Bununla birlikte, ortak hukukî, siyasî ve toplumsal değerleri benimseyen ve benzer hukuk sistemlerine sahip olan belirli bir bölgedeki devletlerin[54] insan hakları konusunda dünyadaki en ilerici adımlarından birini teşkil eden AİHS'nin genel olarak en önemli özelliği, kapsadığı hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlamak amacıyla benzer sistemlerden daha etkili güvence/denetim mekanizmaları tesis etmiş olmasında

---

51 Bkz. **Dijk, P. van/Hoof, G. J. H. Van** (1998) Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 3. Baskı, Kluwer Law International, s. 87-88. Taraf devletlerin takdir yetkisinin dayanağı, eleştirisi ve davadan davaya değişebilen biçimlerde ve farklı etkenler gözetilerek belirlendiği hakkında bkz. **Atakan, Arda** (2010) "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Takdir Yetkisi Doktrinine İlişkin Bir İnceleme", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 16, s. 29-36.

52 Bkz. *Case of De Wilde, Ooms and Versyp ("Vagrancy") v. Belgium*, ECHR (Plenary), Judgment of 18.06.1971, p. 90; *Case of Van Droogenbroeck v. Belgium*, ECHR (Plenary), Judgment of 24.06.1982, p. 59; *Case of Stummer v. Austria*, p. 60, 105-107, 121, 128-132; *Case of Meier v. Switzerland*, p. 30-32, 66-67, 77, 79.

53 Bkz. *Case of Van der Mussele v. Belgium*, p. 38; *Case of Karlheinz Schmidt v. Germany*, ECHR (Chamber), Judgment of 18.07.1994, p. 22; *Case of Zarb Adami v. Malta*, ECHR (Fourth Section), Judgment of 20.06.2006 (final 20.09.2006), p. 44; *Case of Stummer v. Austria*, p. 120.

54 AİHS m. 59'da Sözleşmenin Avrupa Konseyi üyelerinin katılımına açık olduğu belirtilmektedir. 05.05.1949 tarihli Avrupa Konseyi Statüsü m. 3 ve 4 gereğince de, Avrupa Konseyi, hukukun üstünlüğü ve yetkisi altındaki herkesin insan haklarından ve temel özgürlüklerden yararlanması prensibini kabul eden ve bu hususta muktedir ve istekli olan Avrupa devletlerinin üyeliğine açıktır. Değişiklikler işlenmiş Konsey Statüsü için bkz. <https://assembly.coe.int/nw/xml/RoP/Statut_CE_2015-EN.pdf> s.e.t. 05.04.2019. Orijinal Türkçe metin için bkz. RG, 17.12.1949, S: 7382.

kendini göstermektedir[55]. AİHS m. 19, taraf devletlerce üstlenilen yükümlülüklere uyulmasını sağlamak amacıyla AİHM'nin sürekli işleyecek bir organ olarak kurulduğunu bildirmektedir.

Şüphesiz AİHS, bir andlaşma olması itibarıyla, tarafları üzerinde bağlayıcıdır ve iyiniyetle uygulanmalıdır[56]. Buna uygun olarak, Sözleşmenin benimsediği hak ve özgürlüklerin taraf devletlerce korunması asıldır, önceliklidir. Sözleşmenin öngördüğü koruma ise ikincil ve tamamlayıcı niteliktedir[57]. Daha açık bir deyişle "ikincillik" (*subsidiarite*) ilkesine dayanan bu koruma sistemi, Sözleşmedeki hak ve özgürlükleri taraf devletlerden birinin eylem ve işlemleriyle ihlal edilen kişilerin belirli şartlar çerçevesinde ve kural olarak iç hukuk yollarını tükettikten sonra AİHM'ye başvurabilmesini öngörür[58].

AİHM'nin önüne Sözleşmenin 4. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla çeşitli uyuşmazlıklar gelmiştir. Ancak bunların sayısının, diğer maddelerle ilgili başvuru sayısıyla karşılaştırıldığında oldukça az olduğu görülmektedir[59]. Mahkemenin 1959'dan beri Sözleşmenin en az bir maddesinin ihlal edildiğine hükmettiği 20.000'e yakın karar içerisinde m. 4'ün ihlal edildiğini tespit eden karar sayısı da sadece 10 kadardır[60]. Geçmişte kimileri, uzun bir süre boyunca 4. maddenin ihlal edildiğini belirten hiçbir karar verilmemiş olmasına dayanarak, söz konusu yasağın artık kolay kolay çiğnenmeyeceğini öne sürmüştür. Bununla birlikte, 2005'ten sonra Mahkemenin ev işleri kulluğu ve 4. maddenin lafzında yer almayan insan ticareti gibi sömürü ve modern kölelik biçimleri hakkında

---

55 Bkz. **Kapani, Münci** (1993) Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Yetkin, s. 69, 71-72.

56 Bu ilke, Andlaşmalar Hukukuna Dair Viyana Sözleşmesinin "*Pacta Sunt Servanda*" (Ahde Vefa) başlıklı 27. maddesinde düzenlenmiş olup, Sözleşmenin Başlangıcında da bunun evrensel düzeyde tanınmış olduğu kaydedilmiştir. Bugün en temel uluslararası örf ve âdet kurallarından biri olan bu ilkenin kökü, devletlerin veya benzer oluşumların birbirleriyle ilişki kurmaya başladığı eski çağlara kadar uzanmaktadır. Bkz. **Lachs, Manfred** (1997) "Pacta Sunt Servanda": Bernhardt, R. (Ed.), EPIL, C: 3, Elsevier, s. 847-854.

57 AİHS'nin özellikleri hakkında bkz. **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 13-18.

58 **Doğru/Nalbant**, s. 2, 5.

59 **Stoyanova, Vladislava** (2017) "Irregular Migrants and the Prohibition of Slavery, Servitude, Forced Labour & Human Trafficking under Article 4 of the ECHR", EJIL: Talk!, <https://www.ejil-talk.org/irregular-migrants-and-the-prohibition-of-slavery-servitude-forced-labour-human-trafficking-under-article-4-of-the-echr/> s.e.t. 05.04.2019.

60 Ayrıntılı istatistikler için bkz. European Court of Human Rights/Public Relations Unit, "Overview: 1959-2016", 03.2017, s. 8-9.

bir dizi ihlal kararı vermesi, konunun günümüzde de güncelliğini koruduğunu göstermiştir[61].

Sözleşmenin 32. maddesi gereğince Mahkemenin yetkisi Sözleşmenin yorumu ve uygulanmasına ilişkin olup, belirli koşullarla kendisine sunulan tüm sorunları kapsamaktadır. Bu çerçevede AİHM'nin denetim faaliyeti, aynı zamanda 4. maddenin ne şekilde uygulanacağını göstermekte, bir başka deyişle yasaklanan uygulamaların açıklanmasını ve yükümlülük türlerinin belirlenmesini sağlamaktadır. Bahsettiğimiz gelişmeci yaklaşımı da Mahkemenin etkinliğini ve maddenin kapsamının belirlenmesi ve geliştirilmesi üzerindeki etkisini arttırmaktadır.

2. Yükümlülük Türleri

AİHM, Sözleşmenin 4. maddesinin ihlal edildiğine ilk kez karar verdiği *Siliadin v. Fransa Davası*nda taraf devletlerin 4. maddeden doğan yükümlülüklerini de ele almaya başlamıştır. Burada belirtildiği üzere, Sözleşmenin belirli maddeleri bakımından bir taraf devletin hükümde yer alan hakkı ihlal etmekten kaçınması, onun Sözleşmedeki hak ve özgürlükleri yetki alanı içinde bulunan herkese sağlamasını (*secure*) öngören 1. maddeye uymuş sayılması için yeterli olmayacaktır[62]. Mahkeme, 4. maddenin devlet otoritelerinin doğrudan eylemleriyle sınırlı bir şekilde uygulanmasının maddeyi etkisiz kılacağını belirtmektedir[63]. Bu tespitiyle Mahkeme, 4. madde bakımından şu iki hususu teyit etmiştir[64]: i) Negatif yükümlülüklerin yanı sıra pozitif yükümlülükler de mevcuttur. ii) Salt devlet ile birey arasındaki (dikey) ilişkide değil, özel kişiler arasındaki (yatay) ilişkiler bakımından da devletin yükümlülükleri bulunur.

---

61 **Mantouvalou** (2013), s. 143, 150, 157.

62 Bkz. *Case of Siliadin v. France*, p. 77.

63 Bkz. *Case of Siliadin v. France*, p. 89. Ayrıca bkz. *Case of C.N. and V. v. France*, p. 69; *Case of Chowdury and Others v. Greece*, p. 86. Hatta günümüzde genellikle özel kişiler tarafından ihlal edilen 4. maddenin, Sözleşmenin diğer bütün hükümlerinden daha fazla şekilde pozitif yükümlülüklerle ilgili olduğu belirtilmektedir. **Schabas**, s. 206. Zorla çalıştırma uygulamalarına kamu sektöründen çok daha fazla bir şekilde özel işletmelerde rastlandığı hakkında ayrıca bkz. ILO/Report of the Director-General to the 98th Session of the International Labour Conference, "The Cost of Coercion: Global Report under the follow-up to the ILO Declarationon Fundamental Principles and Rights at Work", 2009, (ILO, The Cost of Coercion), s. 7, 11 ve diğerleri.

64 Aynı yönde bkz. **Mantouvalou** (2013), s. 146.

Bu noktada en yalın şekilde belirtmek gerekir ki, negatif yükümlülük, dokunmama veya kaçınma yükümlülüğü; pozitif yükümlülük ise, harekete geçme, önlem alma veya koruma yükümlülüğüdür[65].

Taraf devletlerin Sözleşmedeki maddî haklardan doğan pozitif yükümlülüklerinin kapsamı, ele alınan olaya ve haklara yapılan müdahaleye göre değişiklik gösterebilmekle birlikte[66], 4. madde bakımından en geniş yaklaşımın insan ticaretiyle ilgili uyuşmazlıklar çerçevesinde ortaya koyulduğu görülmektedir[67].

AİHM'ye göre taraflar, 4. maddeyi ihlal eden eylemler için ceza öngören düzenlemeler yapıp, bu kuralları da etkili bir kovuşturma çerçevesinde tatbik etmelidir[68]. Bu yükümlüğü kapsamında devletler, zorla veya zorunlu olarak çalıştırmayı, kul veya köle olarak tutmayı ve insan ticaretini yasaklayan ve cezalandıran hukukî ve idarî çerçeveyi oluşturmalıdır[69]. Ulusal mevzuatta yer alan güvenceler de mağdurların veya potansiyel mağdurların haklarının gerçekçi ve

---

65 Mahkemenin genel geçer bir tanımını yapmadığı, bireyler için sağlanan korumayı genişleten pozitif yükümlülüklerin dayanağı, mahiyeti ve türleri hakkında temel bilgiler için bkz. **Mowbray, Alastair** (2004) The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights, Hart Publishing, s. 1-6; **Akandji-Kombe, Jean-François** (2007) Positive Obligations under the European Conventionon Human Rights: A Guide to the Implementation of the European Convention on Human Rights, Council of Europe, s. 5-20.

66 Bu değerlendirme ve söz konusu yükümlülüklerin örnek olaylarla birlikte kapsamı hakkında bkz. **Doğru, Osman** (2008) "Devletin Sorumluluğu: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde Pozitif Yükümlülükler", Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu (11.05.2007), Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, s. 193-210.

67 AİHM'nin 4. madde bakımından pozitif yükümlülüklerin gerekliliğine ilk kez değinmesinden kısa bir süre sonra yayımlanan bir çalışmada, Mahkemenin ilgili uluslararası andlaşmaların hükümlerini göz önünde bulundurdukça maddeden doğan pozitif yükümlülükleri -insan ticareti mağduru olan çocuk işçilerin korunması ve rehabilitasyonu dâhil- daha geniş bir şekilde ele alabileceği ve bunun gerekliliği belirtilmiştir. **Cullen, Holly** (2006) "*Siliadin v France*: Positive Obligations under Article 4 of the European Convention on Human Rights", Human Rights Law Review, C: 6, s. 590-592.

68 Bkz. *Case of Siliadin v. France*, p. 89, 112; *Case of C.N. v. The United Kingdom*, p. 66.

69 Bkz. *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, p. 285; *Case of C.N. and V. v. France*, p. 105; *Case of Chowdury and Others v. Greece*, p. 105. Taraf devletlerin cezalandırma yükümlülüğü ve yapılacak ulusal düzenlemelerin taşıması gereken özellikler hakkında kapsamlı bir çalışma için bkz. **Stoyanova, Vladislava** (2014) "Article 4 of the ECHR and the Obligation of Criminalising Slavery, Servitude, Forced Labour and Human Trafficking", Cambridge Journal of International and Comparative Law, C: 3, s. 407-443.

etkili bir şekilde korunmasını (*practical/real and effective protection*) sağlayacak yeterlilikte olmalıdır[70].

Diğer taraftan, 4. maddeye aykırı eylemlerin mevcut veya potansiyel mağdurlarının korunması için operasyonel önlemlerin alınması gerekmektedir. Ancak bunun için, yetkililerin bir kişinin bu tür bir eyleme tâbi tutulduğuna veya bu konuda gerçek ve yakın bir risk bulunduğuna dair muteber bir şüpheye (*credible suspicion*) yol açan koşulların varlığının farkında oldukları veya farkında olmaları gerektiği gösterilmelidir[71].

Bunların yanında, Sözleşmenin 4. maddesi, potansiyel ihlallerin etkili ve objektif bir şekilde ve süratle -hatta kişiyi zararlı durumdan kurtarma ihtimali varsa acil olarak- soruşturulması şeklinde bir usul yükümlülüğü de yüklemektedir. Soruşturma, şikâyete bağlı olmadan, olayın yetkililerin dikkatini çekmesiyle başlatılmalı; meşru menfaatlerini korumalarının gerektirdiği ölçüde mağdur veya yakını da bu sürece dâhil edilmelidir. Şüphesiz soruşturma, sorumluların belirlenmesi ve cezalandırılmasına yol açabilecek nitelikte olmalıdır; ancak bu bir sonuç yükümlülüğü değil, davranış yükümlülüğüdür[72].

AİHM, usul yükümlülüğü çerçevesinde insan ticaretinin genellikle bir ülkeyle sınırlı olmayan bir sorun olduğunu, konuyla ilgili delil ve tanıkların kaynak (*origin*), transit ve hedef (*destination*) devletlerin ülkelerine dağılmış

---

70 Bkz. *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, p. 284; *Case of Chowdury and Others v. Greece*, p. 87.

71 Bkz. *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, p. 286; *Case of C.N. v. The United Kingdom*, p. 67; *Case of Chowdury and Others v. Greece*, p. 88. Operasyonel önlemler alma yükümlülüğünün, modern toplumlarda güvenliği sağlamadaki güçlükler ve operasyonel tercihlerin önceliklere ve kaynaklara göre yapılmak zorunda oluşu akılda tutularak, yetkililere imkânsız veya orantısız bir külfet yüklemeyecek şekilde yorumlanması gerektiğine dikkat çekilmektedir. Bkz. *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, p. 287 (yaşama hakkı bakımından p. 219); *Case of C.N. v. The United Kingdom*, p. 68. Bu çerçevede, mesela insan ticareti bakımından, mağdurların fiziksel güvenliklerinin sağlanması, insan ticaretini önleme ve bununla mücadele etmede kapsamlı politika ve programlar oluşturulması, ilgili birimlerdeki uygulamacılara özel eğitim verilmesi gerektiği göz önünde bulundurulacaktır. Bkz. *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, p. 287.

72 Bkz. *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, p. 288; *Case of C.N. and V. v. France*, p. 104, 109; *Case of C.N. v. The United Kingdom*, p. 69; *Case of Chowdury and Others v. Greece*, p. 89. Kararda "*not an obligation of result, but of means*" şeklinde yer alan ifadedeki terimlerden ilki belirli bir sonucun doğmasını gerektiren, ikincisi ise değişik kapsamlarda olabilmekle birlikte belirli bir davranış tarzının gösterilmesini gerektiren yükümlülükleri ifade etmektedir. **Sur** (2018), s. 273-274. Yükümlülüklerin yerine getirilmesi bakımından yapılan bu ayrım hakkında ayrıca bkz. **Bal, Ali** (2006) "Devletin Uluslararası Sorumluluğunun Doğması" (Yüksek Lisans Tezi) Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 106-108.

olabileceğini hatırlatarak, olayın soruşturulmasında devletlerin aralarında işbirliği yapma yükümlülüğünü de teyit etmektedir[73]. Bununla birlikte, insan ticaretiyle ilgili başvurulan andlaşmalar evrensel yargı yükümlülüğü getirmediği için, 4. madde çerçevesinde böyle bir yükümlülükten söz edilemeyeceği belirtilmektedir[74].

3. Yasaklanan Uygulamalar

a. Kölelik

AİHM, AİHS m. 4'te yasaklanan uygulamaların en ağırı olan köleliği sadece birkaç vaka çerçevesinde ve oldukça sınırlı bir yaklaşımla ele almıştır.

*Siliadin v. Fransa Davası*na[75] ilişkin kararında AİHM, "kölelik" kavramını bir ölçüde 1926 tarihli Kölelik Sözleşmesinin 1. maddesindeki klasikleşmiş şu tanım çerçevesinde değerlendirmiştir: "*Kölelik, üzerinde mülkiyet hakkına bağlı yetkilerin herhangi birinin veya tamamının uygulandığı bir kişinin statüsü veya durumudur.*"

Mahkemeye göre, kişisel özerklikten açıkça yoksun olmakla birlikte başvuran kölelik altında tutulmamıştır, yani başvuran üzerinde onu "bir nesne" durumuna dönüştürecek şekilde gerçek bir mülkiyet hakkı kullanılmamıştır[76]. Mahkemenin bu davada "kölelik" kavramını dar bir şekilde ele alıp, salt hukukî bir mülkiyet ilişkisi bağlamında "*de jure* kölelik" olarak yorumlaması tereddütle karşılanabilmekle birlikte[77]; karar, ev işlerinde çalışan kişilerin korunmasızlığı

---

[73] Bkz. *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, p. 289. Ayrıca bkz. *Case of M. and Others v. Italy and Bulgaria*, ECHR (Second Section), Judgment of 31.07.2012 (final 17.12.2012), p. 167.

[74] Bkz. *Case of J. and Others v. Austria*, ECHR (Fourth Section), Judgment of 17.01.2017 (final 17.04.2017), p. 114. Ayrıca bkz. *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, p. 289.

[75] Olayın gelişimi şöyledir: 1978 doğumlu Togo vatandaşı olan başvuran, henüz 15 yaşındayken Fransa'ya gelmiş ve pasaportu elinden alınarak bir ailenin yanında ev ve çocuk bakımı işlerinde çalıştırılmıştır. Göçmenlik durumu yasallaştırılmayan ve okula gönderilmeyen başvuran, haftanın her günü sabah 07.30 ile akşam 10.30 arasında yoğun bir tempoda çalıştırılmış ve kendisine neredeyse hiçbir ödeme de yapılmamıştır. Olayın Fransa mahkemeleri tarafından ele alınması neticesinde başvuranın maddî ve manevî zararlarının ödenmesi kararlaştırılmış, faillere yönelik cezaî bir yaptırımaysa hükmedilmemiştir. Bkz. *Case of Siliadin v. France*, p. 9-45.

[76] Bkz. *Case of Siliadin v. France*, p. 122.

[77] Metni, hazırlık çalışmaları ve ilgili belgeler çerçevesinde değerlendirildiğinde Kölelik Sözleşmesinin kölelik için mutlaka bir mülkiyet ilişkisi aramadığı, mülkiyete bağlı yetkilerin herhangi birinin kullanılmasını yeterli bulduğu ve hem hukukî hem de fiilî köleliği kapsadığı hakkında bkz. **Allain, Jean** (2009) "The Definition of Slavery in International Law", Howard Law Journal, C: 52, s. 239-

ve özel düzenlemelere ihtiyaç bulunduğu gerçeğine uluslararası toplumun dikkatinin yoğunlaşmasında bir dönüm noktası olmuştur[78]. Zira Mahkeme, ilgili başlıklarda gerekçeleriyle göstereceğimiz üzere, başvuranın, bir çocuk olduğu sırada, en azından zorla çalıştırıldığını[79] ve daha da ilerisi kulluk altında tutulduğunu belirtmiştir[80].

Bir başka olayla ilgili *M. ve Diğerleri v. İtalya ve Bulgaristan Davası*nda[81] AİHM, birinci başvuranın kölelik altında tutulduğunu gösteren yeterli delil bulunmadığına karar vermiştir. Evlendirilmesi sırasında bu kişinin babasına para verilmesi ise, Mahkemeye göre, kölelik durumunda olduğu gibi mülkiyetin devri sırasında yapılan bir ödeme niteliğinde değildir; bunun yerine bazı kültürlerde geçerli olan bir ailenin diğerine hediye sunması olarak kabul edilebilir[82]. Mahkeme, olayda kulluk, zorla veya zorunlu olarak çalıştırma, sömürü

275. Ayrıca, bu Sözleşmenin kabul ettiği tanımdaki "mülkiyet" ve "mülkiyete hakkına bağlı yetkiler" kavramlarının -herkes tarafından aynı şekilde anlaşılmadığı gerçeğiyle birlikte- teorik bir analizi ve günümüzdeki sorunlar karşısında bu tanımın yeterliliğinin değerlendirilmesi için bkz. **Allain, Jean/Hickey, Robin** (2012) "Property and the Definition of Slavery", International and Comparative Law Quarterly, C: 61, s. 915-938.

78 Bkz. **Mantouvalou** (2013), s. 145-147, 150. Ev hizmetlerinde çalışmanın istihdama ve modern topluma katkıları yanında, ulusal ve uluslararası düzlemde hukukî güvence ve standartlardan yoksun işlerden (*precarious work*) biri olduğu ve başta ILO'nun 2011 tarihli 189 No'lu Ev Hizmetlilerine Dair Sözleşmeyi kabulü olmak üzere sürdürülen olumlu girişimler hakkında bkz. **Mantouvalou** (2012), s. 133-165. Yazarın bu konulara dikkat çektiği ve özellikle de AİHM uygulaması üzerinde durduğu bir başka çalışması için bkz. **Mantouvalou, Virginia** (2006) "Servitude and Forced Labour in the 21st Century: The Human Rights of Domestic Workers", Industrial Law Journal, C: 35, s. 395-414.

79 Bkz. *Case of Siliadin v. France*, p. 120.

80 Bkz. *Case of Siliadin v. France*, p. 129. Böylece Sözleşmenin 4. maddesindeki uygulamaların ağırlık derecesi de bu kararda toplu hâlde görülmektedir. **Stoyanova, Vladislava** (2012) "Dancing on the Borders of Article 4: Human Trafficking and the European Court of Human Rights in the Rantsev Case", Netherlands Quarterly of Human Rights, C: 30, s. 181.

81 Olayın gelişimi şöyledir: 1985 doğumlu ve Bulgar vatandaşı olan birinci başvuran, diğer başvurucudan anne ve babasıyla birlikte, 2003'te -henüz 18 yaşını doldurmadığı bir tarihte- İtalya'ya gelmiştir. Başvuran burada, muhtemeldir ki babasına belirli bir ödeme yapıldıktan sonra, bir Sırp vatandaşıyla evlenmiştir. Başvuranların iddiasına göre kızın anne ve babası Bulgaristan'a dönmeye zorlanmış, kız ise kocasının yanında kötü muameleye ve zorla çalıştırmaya tâbi tutulmuştur. Anne ve baba, evliliğin zorla ve tehdit altında olduğunu da öne sürmüştür. Şikâyetler üzerine İtalyan makamları, bir soruşturma yürütmekle birlikte, evliliğin rızaya dayalı olduğunu görerek konuyu takip etmeme kararı almıştır. Bkz. *Case of M. and Others v. Italy and Bulgaria*, p. 6-35.

82 Bkz. *Case of M. and Others v. Italy and Bulgaria*, p. 161. Mahkemenin başvuranın evlilikteki rızasını da gözeterek, burada bir ölçüde Kölelik Sözleşmesi m. 1/2 ile Kölelik, Köle Ticareti, Köleliğe Benzer Uygulama ve Geleneklerin Ortadan Kaldırılmasına Dair Ek Sözleşme m. 1(c) hükümleri çerçevesinde hareket ettiği öne sürülebilir. İlk hükme göre, "*Köle ticareti, kölelik altına sokmak*

veya insan ticaretine ilişkin de yeterli delil bulunmadığını belirtmiştir[83]. Bununla birlikte, kötü muamelelerle ilgili iddialar bakımından AİHS m. 3'ün gerektirdiği etkili soruşturmayı yürütmeyerek İtalya'nın usul yükümlülüğünü ihlal etmiş olduğuna karar verilmiştir[84].

b. Kulluk

AİHM'nin kullukla ilgili yaklaşımı, kölelikle ilgili olana nisbeten daha kapsamlıdır ve çeşitlilik arz etmektedir.

İlgili vakalarda Kölelik, Köle Ticareti, Köleliğe Benzer Uygulama ve Geleneklerin Ortadan Kaldırılmasına Dair Ek Sözleşme m. 1(b)'deki tanımın göz önünde bulundurulduğu görülmektedir. Söz konusu hükme göre, bu durumdakiler, ücret mukabilinde veya ücretsiz şekilde başkaları için belirli bir hizmet sunma yükümlülüğüne ilaveten bir başka kişinin mülkünde yaşama yükümlülüğü taşır ve durumunu değiştirme imkânına da sahip değildir. Bu çerçevede, AİHM ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (Komisyon) kulluğu özgürlükten mahrum bırakmanın ciddî bir biçimi olarak nitelendirmiştir[85]. Diğer taraftan, kulluk kavramının zorla hizmet verme yükümlülüğünü içerdiği ve kölelik kavramıyla da bağlantı olduğu belirtilmiştir[86]. Bu kriterler ışığında Mahkeme, kulluğun zorla çalıştırmanın özel ve daha ağır bir türü olduğuna işaret etmiştir. Kulluk ile zorla çalıştırmayı birbirinden ayıran ise, ilkine tâbi tutulan kişinin durumunda bir değişiklik olmayacağını hissetmesidir. Bu hislerin yukarıdaki objektif kriterlere dayanması ya da durumdan sorumlu olanlar tarafından yaratılması veya canlı tutulması yeterlidir[87].

niyetiyle bir kişinin tutulması, iktisabı veya devrini; satmak veya mübadele etmek üzere bir kölenin iktisabını; satılmak veya mübadele edilmek üzere iktisap edilen bir kölenin satış veya mübadeleyle devrini ve genel olarak her türlü köle ticareti ve taşınması fiilini ihtiva eder." İkinci hüküm çerçevesinde yasaklanan ise şudur: "*Bir kadının, reddetmek hakkı olmadan, anne ve babasına, vâsisine, ailesine veya diğer herhangi bir şahıs yahut topluluğa (sağlanan) nakdî veya aynî bir ivaz mukabilinde evlendirilmesi vaadinde bulunulması veya evlendirilmesi.*"

83 Bkz. *Case of M. and Others v. Italy and Bulgaria*, p. 162-163, 169.

84 Bkz. *Case of M. and Others v. Italy and Bulgaria*, p. 107-108.

85 Bkz. *Van Droogenbroeck contre Belgique*, p. 79-80; *Case of Van Droogenbroeck v. Belgium*, p. 58; *Case of Siliadin v. France*, p. 123; *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, p. 276.

86 Bkz. *Case of Siliadin v. France*, p. 124; *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, p. 276.

87 Bkz. *Case of C.N. and V. v. France*, p. 91.

*Siliadin v. Fransa Davası*nda AİHM, başvuranın kulluk altında tutulduğu sonucuna varırken, başvuranın tatilsiz ve yoğun bir şekilde zorla çalıştırıldığını, yabancı bir ülkede çalışmayı kendisinin seçmediğini, korunmasız bir küçük olarak bir geçim kaynağının ve işverenlerinin evinde yaşamaktan başka şansının olmadığını, elinden pasaportu alınmış olarak işverenlerinin merhametine bağlı yaşadığını, polisin kendisini yakalamasından korktuğunu, hareket özgürlüğünün olmadığını, babasına verilen sözlere rağmen okula gönderilmediğini ve böylece durumunun iyileşeceğine dair bir ümit taşıyamadığını göz önünde bulundurmuştur[88]. Bu tespitinden sonra Mahkeme, söz konusu dönemde yürürlükteki ceza kanununun mağdur edici eylemlere karşı gerçekçi ve etkili bir koruma sağlamadığı ve Fransa'nın 4. maddeden doğan pozitif yükümlülüklerini ihlal ettiği sonucuna varmıştır[89].

AİHM, bu davayla oldukça benzer özellikler taşıyan[90] *C.N. ve V. v. Fransa Davası*nda[91], birinci başvuranın kulluk altında tutulduğuna hükmetmiştir. Zira

---

88 Bkz. *Case of Siliadin v. France*, p. 126-128.

89 Bkz. *Case of Siliadin v. France*, p. 130-149 (özellikle 148-149). Mahkemenin de atıf yaptığı (bkz. p. 133) Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin 2001 tarihli "*Domestic Slavery*" başlıklı tavsiye kararında Konsey üyelerinden hiçbirinin ceza kanununda ev işleri köleliğinin açıkça suç olarak düzenlememiş olmasından üzüntü duyulduğu dile getirilmiştir. Bkz. <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16924&lang=en> s.e.t. 05.04.2019. Bu noktada şu da belirtilmelidir ki, ele aldığımız olaya ulusal hukuk aşamasında uygulanan Fransız Ceza Kanununun farklı yorumlara açık olan ilgili maddelerine (bkz. p. 46, 147) oldukça benzerlik gösteren Türk Ceza Kanununun (TCK) "İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali" başlıklı 117. maddesinin, birtakım belirsizlikler içerip içermediği ve AİHS m. 4'ün doğurduğu gereklilikleri tamamen karşılayıp karşılamadığı ceza hukukçuları tarafından açıklığa kavuşturulmalıdır. Söz konusu maddenin ilgili kısımlarına göre, "*(2) Çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağlılığını sömürmek suretiyle kişi veya kişileri ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştıran veya bu durumda bulunan kişiyi, insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılan kimseye altı aydan üç yıla kadar hapis veya yüz günden az olmamak üzere adlî para cezası verilir. (3) Yukarıdaki fıkrada belirtilen durumlara düşürmek üzere bir kimseyi tedarik veya sevk veya bir yerden diğer bir yere nakleden kişiye de aynı ceza verilir.*" TCK metni için bkz. RG, 12.10.2004, S: 25611.

90 Bu benzerliğe Mahkeme kararında da dikkat çekilmiştir. Bkz. *Case of C.N. and V. v. France*, p. 88.

91 Olayın gelişimi şöyledir: 1978 ve 1984 yıllarında Burundi'de doğan iki kız kardeşten birincisi 1994'te, ikincisi de 1995'te ülkedeki iç savaşın ardından Fransa'ya gelmişlerdir. Bu tarihte, biri engelli yedi çocuğu olan teyzeleri ile enişteleri çocukların vasiliğini üstlenmiştir. Başvuranların iddiasına göre, evin bodrum katında ve olumsuz şartlarda yaşamaya başlamalarından sonra, ücret veya izin günü verilmeksizin evin ve ailenin bütün işleri kendilerine yaptırılmıştır. Daha küçük olan ikinci başvuran okula gönderilirken, birinci başvuran okula gitmemiştir. Bu arada çocukların durumuyla ilgili olarak 1995'te polis tarafından yürütülen bir soruşturma sonuçsuz kalmıştır. Zaman içerisinde başvuranların teyzesi fiziksel ve manevî şiddeti ve mahrum bırakıcı davranışlarını daha

başvuran, Fransa'da yasal olarak kalmasının teyze ve eniştesiyle yaşamasına bağlı olduğuna inandırılmış, okula gönderilmemiş, geleceğe dair bir ümit beslemesine imkân sağlayacak koşullardan ve yardım isteyebileceği dış dünyadan uzak tutulmuş ve bu kişinin durumunun değişmeyeceğine dair hisleri bir küçük olduğu sırada başlayıp, reşit olduktan sonra da sürmüştür. Buna karşılık Mahkeme, okula gönderilen, diğerine nisbeten daha az izole bir hayat süren ve evde derslerine çalışmak için zamanı kalan ikinci başvuran için aynı sonuca varmamıştır[92].

Mahkeme, birinci başvuranın durumunun 4. maddenin 1. ve 2. fıkraları kapsamına girdiğini tespit edip, *Siliadin v. Fransa Davası*nda da incelediği ceza kanunu hükümlerinin, kulluk ve zorla çalıştırmayla etkili mücadeleyi sağlayacak yasal ve idarî çerçeveyi oluşturma konusundaki pozitif yükümlülüğü sağlamadığına karar vermiştir[93]. Buna karşılık, daha önce (1995'te) yürütülen soruşturmayla ilgili olarak başvuranların o tarihte durumun çok kötü olmadığı ve yapılan soruşturmada yetkililere gerçekleri tamamen anlatmadıkları yönündeki ifadelerini de göz önünde bulundurarak, Mahkeme, Fransız otoritelerin etkili soruşturma yürütme konusundaki usul yükümlülüğüne aykırı hareket etmediğine hükmetmiştir[94].

AİHM, *C.N. v. Birleşik Krallık Davası*nda[95] ise başvuranın kulluk altında tutulduğunu açıkça belirtmemekle birlikte, bu uygulamayı incelemeye ağırlık

da arttırmıştır. 1999'da bir derneğin savcılığın dikkatini çekmesiyle, çocukların UNESCO'da çalışan enişte lerinin ve ayrıca teyzelerinin diplomatik bağışıklıkları kaldırılıp, konuyla ilgili soruşturma başlatılmıştır. Neticede 2009'da temyiz mahkemesi korunmasız kişileri uygunsuz yaşam ve çalışma koşullarına tâbi tutma suçunun işlenmediğine, teyzesinin ikinci başvurana karşı şiddet eylemlerine ilişkin mahkûmiyet kararının ise onanmasına karar vermiştir. Bkz. *Case of C.N. and V. v. France*, p. 5-50.

92 Bkz. *Case of C.N. and V. v. France*, p. 92-93.

93 Bkz. *Case of C.N. and V. v. France*, p. 94-108 (özellikle 107-108).

94 Bkz. *Case of C.N. and V. v. France*, p. 110-111.

95 Olayın gelişimi şöyledir: 1979 doğumlu Uganda vatandaşı olan başvuran -iddiasına göre ülkesinde maruz kaldığı istismar ve şiddetten kaçmak amacıyla- 2002'de Birleşik Krallık'a gelmiştir. Başvuranın iddiasına göre ülkeye girişte kullandığı sahte pasaportu temin edenler bu belgeyi sonradan elinden almıştır. Başvuran bu kimseler aracılığıyla 2003'te yatılı bir bakıcı olarak Iraklı yaşlı bir çiftin yanında çalışmaya başlamıştır. Oldukça ağır olan bu işi yaptığı yıllar içerisinde ücretler aracılara ödenmiş ve aracıların başvuran üzerindeki sıkı kontrolü de sürmüştür. Başvuran, 2006'da aracıların evinde kaldığı bir sırada kaçarak polise ulaşmış ve burada bir kriz geçirerek hastaneye kaldırılmıştır. Tetkikler neticesinde başvuranın HIV virüsü taşıdığı ve çeşitli psikolojik hastalıklara yakalanmış olduğu görülmüştür. Sonrasında başvuranın barınma ihtiyacı yerel yönetim tarafından karşılanmış; ancak sığınma başvurusu 2007'de reddedilmiştir. İtirazı inceleyen hâkim de başvuranın güvenilirliği ve hikâyesinin doğruluğu hakkında ciddî şüpheler bulunduğunu belirtmiştir. Bunun üzerine başvuranın avukatı olayın soruşturulması için polise başvurmuştur; ancak neticede ev

vermiştir. Mahkeme, yetkililerin 2006'dan beri başvuranın durumundan haberdar olduğunu, başvuranın anlattıklarının inandırıcı olmadığına ilişkin değerlendirmeye katılmadığını, olayın *Siliadin v. Fransa Davası*ndaki durumlara benzerlik gösterdiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre, ortaya çıkan muteber şüpheye dayanarak uzman bir ekip tarafından bir soruşturma yürütülmekle ve ilgili birtakım eylemleri cezalandıran ulusal hukuk normları bulunmakla birlikte, vaka zamanındaki normlar Sözleşmenin 4. maddesi kapsamına giren muamelelere karşı gerçekçi ve etkili bir koruma sağlamamıştır. Söz konusu normlar, başvuranın maruz kaldığı muamelelerin soruşturulmasını ve cezalandırılmasını sağlamak yerine, soruşturma organlarını olayı kölelik, kulluk ve zorla çalıştırma kalıpları çerçevesinde değerlendirmeye yöneltmiştir. Dolayısıyla, aynı zamanda bu suçlardan birinin mağduru olmayan mağdur için bir çözüm getirilememiştir[96].

Bunların yanında Mahkeme, soruşturmalarda varılan neticenin uygun mevzuatın yokluğundan kaynaklanmadığı, iddiaları destekleyecek delillerin yokluğuyla ilgili olduğu savunmasını da incelemiştir. Görevinin vakanın değerlendirilmesinde yerel otoritelerin yerine geçmek olmadığını hatırlatmakla birlikte Mahkeme, soruşturma organlarının -incelemelerini birtakım boşluklar içeren ulusal hukuk normlarına odaklanarak yaptıkları için- bazı hususları ihmal ettiğini tespit etmiştir. Bu noktada ILO'nun zorla çalıştırmanın belirtisi olarak tespit ettiği durumların[97] varlığı da gözden kaçırılmıştır. Ayrıca belirtildiği üzere, çetrefil bir yapısı olan ev işleri kulluğu soruşturulurken, bir bireyin açık

işleri kulluğu için insan ticareti yapıldığına ilişkin bir delil olmadığına karar verilmiştir. Başvuranın avukatı 2008'de polise başvurarak konunun kölelik ve zorla çalıştırma yönünden incelenmesini talep etmiştir. Bununla birlikte, 2009'da yürütülen soruşturmalarda, başvuranın gönüllü şekilde çalıştığı, ülkede hukuka aykırı şekilde bulunduğunun ortaya çıkmaması için ödemelerin aracılara yapılmasını kendisinin talep ettiği göz önünde bulundurularak, kölelik, zorla çalıştırma veya insan ticareti yönünden bir mağduriyet olmadığı sonucuna varılmıştır. Bu arada hükümet tarafından finanse edilen ve insan ticareti mağdurlarına destek sağlayan POPPY Project, başvuranın ILO'nun zorla çalıştırmanın belirtisi olarak tespit ettiği durumların birçoğuna maruz kaldığını saptamıştır. Bkz. *Case of C.N. v. The United Kingdom*, p. 4-31. Söz konusu belirtiler aşağıda aktarılmaktadır.

96 Bkz. *Case of C.N. v. The United Kingdom*, p. 72-77.

97 Bahsi geçen belirtiler ILO'nun 1930 tarihli Sözleşmesindeki unsurlara dayanarak ve tecrübeler ışığında Örgütün Zorla Çalıştırmayla Mücadele Özel Eylem Programı tarafından hazırlanmıştır. Bunlar şu şekilde sayılmıştır: korunmasızlıktan faydalanma, aldatma, hareket kısıtlaması, dış dünyadan koparma (tecrit), fiziksel ve cinsel şiddet, korkutma ve tehdit, kişisel evrakın alıkonulması, ücretlerin alıkonulması, borç esareti, kötü çalışma ve yaşam şartları, aşırı çalıştırma. Bkz. ILO/ Special Action Programme to Combat Forced Labour, "ILO Indicators of Forced Labour", 29.10.2013.

veya gizli yollarla bir başkasının kontrolü altına sokulabileceği gerçeğinin göz önünde bulundurulması gerekir[98].

Yukarıdaki kararlardan anlaşılacağı üzere AİHM, kölelik ve kulluğun zorla çalıştırmayı içerdiğini tespit etmekle birlikte; bu uygulamalar bakımından, yapılan işin özellikleri kadar -belki bundan daha fazla- ilgili kişinin geçmişi ve içinde bulunduğu durumun şartlarının da dikkate alınması gerektiğini değerlendirmektedir.

c. İnsan Ticareti

i. Genel Olarak

İnsan ticareti AİHS m. 4'te açıkça zikredilen uygulamalardan biri değildir. Bununla birlikte hem insan ticaretinin ve hem de bununla mücadele için alınan önlemlerin artmasını dikkate alan AİHM, *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya Davası*nda[99], bu uygulamanın ne ölçüde Sözleşmenin 4. maddesinin ruhuna ve

[98] Bkz. *Case of C.N. v. The United Kingdom*, p. 78-82.

[99] Olayın gelişimi şöyledir: Başvuranın kızı 1980 doğumlu *Oxana Rantseva*, Rus vatandaşı olup, 05.03.2001'de GKRY'ye gelmiş ve ülkeye gelmesini sağlayanların sahip olduğu kabarede artist olarak çalışmaya başlamıştır. Ancak, birkaç gün sonra Bayan *Rantseva*, Rusya'ya dönmek istediğini belirten bir not bırakıp, yerleştirilmiş olduğu daireyi terk etmiştir. 28.03.2001'de *Rantseva*'yı bir diskotekte bulan işvereni, polis merkezine getirdiği kızın kaçak bir göçmen olarak alıkonulmasını talep etmiştir. *Rantseva*'nın aranan kişiler listesinde olmadığı tespit edildikten ve birimler arasında birtakım görüşmeler yapıldıktan sonra, polisler işverenden *Rantseva*'yı almasını istemişlerdir. Başta bunu yapmak istemeyen işveren, nihayetinde saat 5.20 civarında *Rantseva*'yı alarak özel bir apartman dairesine getirmiş ve kendisi de burada kalmıştır. Sabah saat 6.30 civarında ise *Rantseva* apartmanın bulunduğu caddede ölü olarak bulunmuştur. Polis, kol çantasının *Rantseva*'nın omzunda olduğunu ve evin balkonunun korkuluklarına bağlı bir çarşaf bulunduğunu tespit etmiştir. Bkz. *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, p. 13-29. GKRY'de yürütülen soruşturmada *Rantseva*'nın kaldığı apartman dairesinden kaçmaya çalışırken kazayla öldüğü ve ölümde suç unsurunun bulunduğunu gösteren herhangi bir delile rastlanılmadığı sonucuna varılmıştır. *Rantseva*'nın naaşının Rusya'ya gönderilmesinin ardından burada yapılan otopsi sonucunda, Rus makamları GKRY'deki soruşturmada varılan sonucun doyurucu olmadığını bildirmiş; GKRY makamları ise soruşturmanın yeterli olduğu ve suç işlendiğini gösteren yeni bir delil bulunmadığı bilgisini iletmiştir. İki devlet makamları arasındaki yazışmaların uzun yıllar (2001'den 2006'ya kadar) sürdüğü ve bu süreçte gerçek bir işbirliği yapılmasını sağlayacak anlayışın ortaya çıkmadığı görülmektedir. Bu arada başvuran, Rus makamlarından kabarede *Rantseva* ile çalışan ve Rusya'ya dönen iki kızın ifadelerinin alınmasını istemiş ve bu ifadelerin olayda cinsel sömürünün olduğunu ispatlayacağını belirtmiştir. Birçok kez yinelenen bu talebe rağmen, etkili bir şey yapılmadığı görülmektedir. Bkz. *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, p. 30-79. Bu yıllar içerisinde GKRY Ombudsmanı, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri ve ABD Dışişleri Bakanlığı, GKRY'de cinsel sömürü amacıyla insan ticareti yapılmasının oldukça yaygınlaştığına, buranın hedef ülke hâline geldiğine ve kabare endüstrisi ile artist vizesinin bu suçun işlenmesindeki kolaylaştırıcı rolüne dikkat çeken raporlar yayımlamışlardır. Bkz. *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, p. 80-107.

amacına aykırı düştüğünü ve bu maddeyle getirilen güvenceler kapsamına girdiğini incelemiştir. Neticede Mahkeme, Sözleşmenin 4. maddesinde yasaklanan üç tip davranıştan hangisine girdiğini belirleme gereği duymaksızın, insan onurunu ve temel hakları tehdit eden ve demokratik bir toplumla ve Sözleşmenin değerleriyle bağdaşmayan insan ticaretinin bu madde kapsamına girdiğini kararlaştırmıştır. Bu noktada Rusya hükümetinin konu bakımından (*ratione materiae*) uygulanmazlık itirazı da reddedilmiştir[100].

Çok önemli bir gelişme olarak kabul gören bu davaya ilişkin kararında Mahkeme, insan ticaretiyle ilgili kanaatlerini kapsamlı bir şekilde ortaya koymuştur[101]. Köleliğin modern hâllerinin varlığını ve çeşitliliğini teyit eden Eski Yugoslavya Ceza Mahkemesi içtihadına[102] atıf yapıp benzer bir yaklaşım gösteren AİHM'ye göre, doğası ve sömürü amacı içermesi itibarıyla insan ticareti, mülkiyet hakkına bağlı yetkilerin kullanılmasına dayanır. Bu uygulamayla insanlar, alınıp satılan bir mal olarak muamele görür, başta fuhuş olmak üzere birtakım işlerde az bir ücretle ya da ücret ödenmeden zorla çalıştırılır ve hareket

---

[100] Bkz. *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, p. 279, 282. Bu davayla ilgili olarak GKRY'nin de Nisan 2009'da önemli bir talebi olmuştur. GKRY, AİHM'ye sunduğu bir beyanla, *Rantseva*'yı ölüme götüren süreçte ve sonrasında AİHS m. 2, 3, 4, 5 ve 6 hükümlerinden doğan birtakım yükümlülüklerin ihlal edildiğini kabul ettiğini, olayla ilgili üç bağımsız soruşturmacı görevlendirdiğini, maddî ve manevî zararlar ile masraflar için başvurana 37.300 Euro veya Mahkeme tarafından önerilen başka bir miktarı ödemeye hazır olduğunu bildirerek, başvurunun Sözleşmenin 37. maddesi gereğince kayıttan düşürülmesini talep etmiştir. Mahkeme ise, diğerleri yanında, 4. maddenin insan ticaretiyle ilgili pozitif yükümlülükler getirip getirmediğini ve getiriyorsa bunların kapsamını belirlemenin önemine ve Sözleşmedeki kuralları açıklama, koruma ve geliştirme görevinin bulunduğuna dikkat çekerek, Sözleşmede (37. madde dâhil) yer verilen insan haklarına saygı ilkesinin, davanın görülmesine devam edilmesini gerektirdiğini kararlaştırmıştır. Bkz. *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, p. 186-187, 198-202.

[101] Bu kararın günümüzün temel sorunlarından birine kapsamlı bir şekilde dikkat çektiği ve önemi hakkında bkz. **Soyer Güleç, Sesim** (2012) "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Güney Kıbrıs ve Rusya'ya Karşı Verdiği 07.01.2010 Tarihli 'Rantseva' Kararından Çıkan Bazı Sonuçlar", İÜHFM, C: 70, S: 1, s. 123-152.

[102] Bu Mahkemeye göre, Kölelik Sözleşmesinde tanımlandığı şekliyle ve genellikle "mal köleliği" olarak anlaşılan geleneksel kölelik kavramı, yine mülkiyet hakkına bağlı yetkilerin tümünün veya herhangi birinin kullanılmasına dayanan çeşitli modern kölelik biçimlerini içerecek şekilde evrimleşmiştir. Bu modern kölelik biçimde mağdurun kişiliği, mal köleliğindeki kadar olmasa da, tahribata uğratılır. Bu çerçevede köleleştirme, bir kimsenin hareketleri, fiziksel çevresi, psikolojisi veya cinselliği üzerinde kontrol kurma, kaçmayı önlemek için önlem alma, zor kullanma, zor kullanma tehdidi, süreklilik arz etme, aidiyet iddia etme, zâlimâne muameleye ve istismara tâbi tutma, zorla çalıştırma gibi yöntem ve uygulamalar içerebilir. Dolayısıyla, bütün modern kölelik biçimlerini tüketici bir şekilde saymak da mümkün değildir. Bkz. *Case of Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic*, p. 117, 119.

özgürlüklerinden yoksun bırakılarak yakından takip edilir. Kötü koşullarda çalışan ve yaşayan bu uygulamanın mağdurlarına karşı şiddete ve tehdide başvurulur. Böylece insan ticareti, eskiden yaygın olan köle ticaretinin modern bir biçimi olarak nitelendirilebilir. En önemlisi de Mahkeme, insan ticareti kavramını Palermo Protokolü m. 3(a) ve İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi m. 4(a)'da tanımlandığı şekliyle anladığını belirtmiştir[103]. Bire bir aynı olan[104] bu maddelere göre,

"*'İnsan ticareti', kuvvet kullanarak veya kuvvet kullanma tehdidiyle veya diğer bir biçimde zorlama, kaçırma, hile, aldatma, nüfuzu kötüye kullanma, kişinin çaresizliğinden yararlanma veya başkası üzerinde denetimi olan kişilerin rızasını elde etmek için kazanç veya çıkar sağlama yoluyla kişilerin istismar amaçlı temini, bir yerden bir yere taşınması, devredilmesi, barındırılması veya teslim alınması anlamına gelir. İstismar terimi, asgarî olarak, başkalarının fuhuşunun istismar edilmesini veya cinsel istismarın başka biçimlerini, zorla çalıştırmayı veya hizmet ettirmeyi, köleliği veya kölelik benzeri uygulamaları, kulluğu veya organların alınmasını içerecektir.*"

Mahkeme, neredeyse bütün Avrupa Konseyi üyesi devletlerin taraf olduğu bu andlaşmaların insan ticaretiyle mücadele etmede, insan ticaretini önleme, mağdurları koruma ve insan tacirlerini kovuşturma ve cezalandırma amacına yönelik önlemleri içeren kapsamlı bir yaklaşımın gerekliliğine işaret ettiğini vurgulamıştır. Dolayısıyla, AİHS'nin 4. maddesinden doğan pozitif yükümlülüklerin kapsamı da bu yönleri içeren önlemler kümesi bağlamında düşünülmelidir[105].

---

[103] Bkz. *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, p. 281-282. Ayrıca bkz. *Case of M. and Others v. Italy and Bulgaria*, p. 151.

[104] İngilizce metinlerdeki tek fark, bu kavram için ilkinde "*trafficking in persons*", ikincisinde ise "*trafficking in human beings*" teriminin kullanılmış olmasıdır. Söz konusu tanımın yanında, bu maddelerin "b" bendinde tanımda belirtilen yöntemlerden herhangi biriyle yapılmış olması hâlinde mağdurun istismara razı gelmesinin bir etkisi olmadığı; "c" bendinde ise belirtilen yöntemlerden birini içermese bile çocukların istismar amacıyla bahsi geçen eylemlere tâbi tutulmasının "insan ticareti" anlamına geleceği öngörülmüştür. Anlaşılacağı üzere tanımda zikredilen eylemlere çocukların rıza göstermesinin de hukuken bir etkisi yoktur.

[105] Bkz. *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, p. 285. Ayrıca bkz. *Case of Chowdury and Others v. Greece*, p. 87.

Mahkeme, davalı devletlerin durumunu, yukarıda belirtilen amaçlara yönelik üç tür önlem bakımından ele almıştır. Bu çerçevede, öncelikle, GKRY'nin insan ticaretini yasaklayan uygun düzenlemeler oluşturmakla birlikte, uyguladığı artist vizesi rejimiyle insan ticareti ve sömürüsü karşısında mağdura etkili bir koruma sağlamadığı ve dolayısıyla Sözleşmenin 4. maddesini ihlal ettiği sonucuna varılmıştır[106]. İkinci olarak, GKRY makamları, mağdurun insan ticareti veya sömürüsü mağduru olduğu veya bu riskin gerçek ve yakın bir şekilde bulunduğu konusunda muteber şüphe doğuran bulguların varlığına rağmen, mağduru korumak için gerekli soruşturmaya girişmemiş ve operasyonel önlemleri almamıştır. Dolayısıyla, 4. madde bu yönden de ihlal edilmiştir[107]. Son olarak ise, mağdurun ölümüne ilişkin soruşturmanın etkililiği bakımından, 2. madde çerçevesinde ihlal bulunduğundan, 4. madde çerçevesinde ayrıca inceleme yapılmamıştır[108].

Diğer taraftan AİHM, Rusya'nın, ilgili yasal ve idarî çerçeveyi oluşturma ve mağduru koruyucu önlemler alma konularında bir ihlalinin bulunmadığını; ancak mağdurun nasıl ve nerede işe alındığı konusunda bir soruşturma yapmayarak, iddia edilen insan ticareti bakımından 4. maddeden doğan usul yükümlülüğünü ihlal ettiğini karara bağlamıştır[109].

AİHM, oldukça yakın bir tarihte, *Chowdury ve Diğerleri v. Yunanistan Davası*na[110] ilişkin kararında insan ticaretini birtakım farklarla birlikte yine

---

[106] Bkz. *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, p. 290-293. Mahkeme, insan ticaretini perdelemek için kullanılan işler hakkında önlemler alınmasının lüzumlu olduğunu ve göç mevzuatının da, insan ticaretinin teşviki, kolaylaştırılması veya hoş görülmesi ile ilgili meseleleri dikkate alacak şekilde oluşturulması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, p. 284.

[107] Bkz. *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, p. 294-298.

[108] Bkz. *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, p. 299-300.

[109] Bkz. *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, p. 308-309.

[110] Olayın gelişimi şöyledir: Bangladeş vatandaşı olan 42 başvurucu, 2012 ve 2013 yıllarında çalışma izni olmadan Yunanistan'daki Manolada köyünde çilek tarlalarında çalıştırılmıştır. İşverenleri tarafından kendilerine günde 7 saat çalışma karşılığında 22 Euro ile her bir saatlik fazla mesai için 3 Euro ödeneceği sözü verilmiştir. Uygulamada ise göçmen işçiler, her gün sabah 7'den akşam 7'ye kadar silahlı muhafızların gözetimi altında çalıştırılmış, suyu ve tuvaleti olmayan derme çatma kulübelerde barındırılmış, ücretlerini de tam olarak alamamışlardır. İşçiler, ödenmeyen ücretleri için farklı tarihlerde grev yapsalar da bir sonuç elde edememişlerdir. Bir süre sonra başka göçmen işçilerin işe alınmasıyla artık ücretlerini alamayacakları korkusuna kapılan işçiler, o sırada orada bulunan işverenlerinden ücretlerini talep etmek için harekete geçmek istemiş; ancak muhafızlardan biri onların üzerlerine ateş açarak, 30 kadarını ağır şekilde yaralamıştır. Yapılan yargılamalar neticesinde, yaralamalar için hapis cezasına hükmedilmekle birlikte; insan ticaretine ilişkin suçlamalar,

AİHS'nin uygulama alanı içinde kabul etmiştir. Mahkemeye göre mevcut olayda başvuranların durumu, insan ticareti ve zorla çalıştırma biçiminde m. 4/2 kapsamına girmektedir[111].

Bu davada Mahkeme, öncelikle, *Van der Mussele v. Belçika Davası*ndaki görüşünü hatırlatarak, kişinin gönüllü şekilde çalışıp çalışmadığını değerlendirmede işe girerken gösterilen rızanın (*prior consent*) tek kriter olmadığını ve somut olayın bütün özelliklerinin göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmiştir[112]. Durumları incelendiğinde, çalışma izni bulunmayan başvuranların işe devam etmemeleri hâlinde hem yakalanıp sınır dışı edilme hem de birikmiş ücretlerini hiçbir zaman alamama riski altında oldukları görülmektedir. Bu bakımdan, her ne kadar başvuranlar işe gönüllü şekilde başlamış olsalar da işverenin işçilerin çaresizliğinden yararlanıp sömürü amacıyla hareket etmesi, baştaki rızayla ilgili durumu değiştirmiştir[113]. Bu çerçevede Mahkeme, çalıştırma yoluyla sömürünün (*exploitation through work*) insan ticaretinin tanımında yer verilen sömürü türlerinden biri olduğunu da ifade etmiştir[114].

AİHM'ye göre, mevsimlik işçilerin hâllerinin değişmeyeceğine ilişkin bir duyguya sahip olmaları beklenemeyeceği için, başvuranların durumu kulluk olarak nitelendirilemez. Bu noktada yerel mahkeme, başvuranların dış dünyadan kopuk olmadıklarını ve durumlarını değiştirme imkânına sahip olduklarını belirtmekle, kulluk ile insan ticaretini veya o kapsamdaki bir sömürü biçimi olarak zorla çalıştırmayı birbirine karıştırmış görünmektedir. Kararda belirtildiği üzere, Mahkemenin görevi yerel mahkemelerin yerine geçmek değildir; ulusal mevzuatın yorumlanması işi başta mahkemeler olmak üzere ulusal otoritelere düşer; Mahkemenin görevi bu yorumun sonuçlarının AİHS'yle bağdaşıp bağdaşmadığını tetkik etmektir. Neticede AİHM, dava konusu olayların

başvuranların işi gönüllü olarak kabul ettikleri ve hareket özgürlüklerini kaybetmedikleri göz önünde bulundurularak reddedilmiştir. Bkz. *Case of Chowdury and Others v. Greece*, p. 5-31.

111 Bkz. *Case of Chowdury and Others v. Greece*, p. 101.

112 Bkz. *Case of Chowdury and Others v. Greece*, p. 90, 96.

113 Bkz. *Case of Chowdury and Others v. Greece*, p. 95-97.

114 Bkz. *Case of Chowdury and Others v. Greece*, p. 93. Mahkemenin, geçmiş içtihadını hatırlatarak zorla çalıştırma açısından "orantısız külfet" kriterini tasdik etmesi ve akabinde sömürülen mağdurların yaşam ve çalışma koşullarının ağırlığına değinmesi önemli bir katkı olmakla birlikte, somut olay bakımından "orantısız külfet" kriteri çerçevesinde özel bir değerlendirme yapmadığı da görülmektedir. **Stoyanova** (2017), web sayfası.

*Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya Davası*nda uygulanan andlaşmalardaki insan ticareti tanımı kapsamına girdiğini; mahkemelerin Yunanistan'ın taraf olduğu andlaşmaları -Yunanistan Anayasası gereğince de- göz önünde bulundurması gerekirken, "insan ticareti" kavramını oldukça dar bir şekilde yorumladığını belirtmiştir[115].

Daha sonra pozitif yükümlülükler yönünden incelemesini yapan Mahkeme, 4. madde kapsamındaki pozitif yükümlülüklerin İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi ışığında yorumlanması gerektiğini belirtmiştir[116]. Bu bağlamda Mahkeme, insan ticaretiyle mücadele etmek için gerekli hukukî çerçeve oluşturulmakla birlikte[117], ilgili yerdeki durumun farkında olan otoritelerce alınan operasyonel önlemlerin insan ticaretini önleme veya mağdurları korumada yeterli olmadığına[118] ve başvuranların şikâyet ettiği insan ticareti ve zorla çalıştırma konularında ve sorumlular hakkında etkili bir soruşturma ve yargılama yürütülmeyerek m. 4/2'den doğan usul yükümlülüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir[119].

AİHM'nin insan ticaretini ele aldığı başka davalar da bulunmaktadır. Mesela, *L.E. v. Yunanistan Davası*nda mağduru korumak için gerekli operasyonel önlemlerin alınmasında ve soruşturma ve yargılama aşamasında birtakım gecikme ve eksiklikler tespit edilerek, Yunanistan'ın 4. maddeyi ihlal ettiğine karar verilmiştir[120]. Bazı olaylar bakımından ise AİHM, ihlalin bulunmadığına,

---

115 Bkz. *Case of Chowdury and Others v. Greece*, p. 99-100. Mahkeme kararın bir başka yerinde de söz konusu kavramlarla ilgili karşılaştırma yapmaya devam etmiştir. Mahkemeye göre, yerel mahkeme mağdurların hareket serbestisinin kısıtlanmamış olmasını insan ticaretinin bir unsuru olarak değerlendirmekle hata etmiştir. Zira bu, daha çok kişilerin kulluk altında tutulması durumunda söz konusu olan ve mağdurun hayatının belirli yönlerine ilişkin olan bir kısıtlamadır; böyle bir kısıtlama bulunmadan da kişiler insan ticareti mağduru olabilmektedir. Bkz. *Case of Chowdury and Others v. Greece*, p. 123.

116 Bkz. *Case of Chowdury and Others v. Greece*, p. 104.

117 Bkz. *Case of Chowdury and Others v. Greece*, p. 109.

118 Bkz. *Case of Chowdury and Others v. Greece*, p. 115.

119 Bkz. *Case of Chowdury and Others v. Greece*, p. 122, 127-128.

120 Olayın gelişimi şöyledir: Başvuran, Nijerya vatandaşı olup, 40.000 Euro ödeme sözü verdiği bir kişinin yardımıyla 2004'te Yunanistan'a gelmiştir. Ülkeye girişten sonra bu kişi, pasaportunu alıkoyduğu başvuranı fuhuşa zorlamıştır. 2006'ya kadar bu koşullarda yaşayan ve çeşitli defalar fuhuştan ve ülkedeki usulsüz durumundan dolayı yakalanıp sonra da bırakılan başvuran, bir hükümet dışı kuruluşun da yardımıyla kendisini bu duruma sokanlar hakkında şikâyetçi olmuştur. Devam eden süreçte, başvurana oturma izni verilmiş ve başvurusundan 9 ay sonra kendisinin cinsel sömürü amacıyla insan ticareti mağduru olduğu tanınmıştır. 21.01.2016'da verilip,

açıkça dayanaktan yoksun olduğu için başvurunun kabul edilemez olduğuna veya sorun çözüldüğü için kayıttan düşürülmesine karar vermiştir[121].

ii. Kavramın Diğer Kavramlarla Uyumu Meselesi

AİHM, *Siliadin v. Fransa Davası*nda oldukça (Kölelik Sözleşmesindeki tanımdan dahi) dar bir şekilde değerlendirdiği "kölelik" kavramını *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya Davası*nda nisbeten daha geniş bir perspektifle ele almıştır. Mahkemenin gerek bu yeni yaklaşımı gerek insan ticaretinin AİHS m. 4 kapsamında yasak olduğu sonucuna varması doktrinde genellikle takdirle karşılanmakla birlikte, karar kavramlarla ilgili çelişkili yaklaşımlar göstermesi veya kavramları tam açıklayamaması yönünden eleştirilmiştir[122]. *Chowdury ve Diğerleri*

21.04.2016'da kesinleşen ve İngilizce tam metni bulunmayan bu kararın özeti için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-11012> s.e.t. 05.04.2019. Yine oldukça yakın bir tarihte AİHM, fuhuşa zorlandığını öne süren başvuranla ilgili yeterli soruşturma yapılmadığı için 4. maddeden doğan usul yükümlülüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. Bkz. *Case of S.M. v. Croatia*, ECHR (First Section), Judgment of 19.07.2018, p. 81.

[121] Bu yönde *J. ve Diğerleri v. Avusturya*; *O.G.O. v. Birleşik Krallık*; *L.R. v. Birleşik Krallık*; *V.F. v. Fransa* isimli davalar hakkındaki kararların özetleri için bkz. European Court of Human Rights/Press Unit, "Factsheet: Slavery, Servitude and Forced Labour", 03.2017. Özellikle son davada Mahkeme, başvuruyu reddetmekle birlikte, bir ülkede hukuka aykırı şekilde bulunan bir kişinin ülkesine geri gönderilmesi durumunda insan ticaretine maruz kalacağına ilişkin sağlam kanıtlar varsa, o zaman bu konuda taraf devletlere geri göndermeme yükümlülüğü düşeceği izlenimi vermiştir. Bkz. **Göçmen, İlke** (2014) "Bir Temel Hak Olarak İnsan Ticareti Yasağı: Avrupa Özelinde Bir İnceleme", MHB, S: 1, s. 11-12. Genellikle AİHS m. 3 kapsamında ele alınan "geri göndermeme" (*non-refoulement*) ilkesinin, ilgili durumlarda, demokratik toplumların en temel değerlerinden birini düzenleyen ve taraflara çeşitli pozitif yükümlülükler yükleyen 4. madde çerçevesinde de uygulanabileceği hakkında ayrıca bkz. **Stoyanova, Vladislava** (2011) "Complementary Protection for Victims of Human Trafficking under the European Convention on Human Rights", Goettingen Journal of International Law, C: 3, s. 805-809; **Karan, Ulaş** (2018) "Kölelik, Kulluk, Zorla Çalıştırma ve Zorunlu Çalışma Yasağı: Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Karşılaştırmalı Analiz", AÜHFD, C: 67, s. 426.

[122] **Mantouvalou** (2013), s. 149. Mesela, Mahkeme, bir yandan insan ticaretini köleliğe dayalı ve kapsamı buna göre belirlenecek bir uygulama olarak ele almış, diğer yandan insan ticaretinin m. 4'teki uygulamalardan hangisine girdiğini belirlemeye gerek duymadığını belirterek maddenin uygulama alanını daraltmama şeklinde bir yaklaşım göstermiştir. Bkz. **Allain, Jean** (2010) "Rantsev v Cyprus and Russia: The European Court of Human Rights and Trafficking as Slavery", Human Rights Law Review, C: 10, s. 553-555. Bu konuda nihaî yaklaşımı esas alan bir yoruma göre ise, söz konusu kararla insan ticareti 4. madde kapsamında ayrı bir yasak hâline gelmiştir. **Doğru/Nalbant**, s. 321.

*v. Yunanistan Davası*nda ise Mahkemenin başka kavramları da konuya dâhil etmesi ve durumun insan ticareti ve zorla çalıştırma biçiminde m. 4/2 kapsamına girdiğine hükmetmesi, kavramların sınırları hakkındaki tereddütleri arttırmıştır[123]. Buna rağmen, iddia edilen bu karışıklığı giderebilecek sağlam öneriler getirilmediği görülmektedir[124].

Aslında, sorun sadece insan ticaretinin 4. madde içindeki yeri veya sınırlarıyla ilgili değildir; maddede belirtilen kavramların birbirlerinden her zaman geçerli olacak şekilde nasıl ayrılacağı da belirsizdir. Bu sorun, özellikle, Mahkemenin 4. maddenin ihlal edildiğine ilişkin kararlar vermeye başladığı 2005 yılından sonra ortaya çıkmıştır.

Bu çerçevede belirtilmelidir ki, başvuranın durumunun kulluk yönünden değerlendirildiği davaların (mesela, *Siliadin v. Fransa*; *C.N. ve V. v. Fransa*; *C.N. v. Birleşik Krallık*) konularının, başvuranın insan ticaretine tâbi tutulduğuna karar verilen davaların konularından hangi yönlerden farklı olduğu cevaplanmaya muhtaçtır. İlk kategorideki davalarda konu, çaresiz ve korunmasız kişilerin çalıştırılarak sömürülmesiydi. Dolayısıyla başvuranların durumu, pekâlâ insan ticareti kapsamında da değerlendirilebilirdi[125]. Diğer taraftan, ikinci kategorideki davaların konusu hemen hemen aynı olduğu için, burada-

---

123 Mahkemenin, "kulluk", "insan ticareti", "sömürü", "çalıştırma yoluyla sömürü", "zorla çalıştırma", "insan ticaretinin tanımı içinde yer alan bir sömürü biçimi olarak zorla çalıştırma" kavramlarını kullanmasının karmaşaya yol açtığı hakkında bkz. **Stoyanova** (2017), web sayfası.

124 Genel bir öneri içeren bir görüşe göre, AİHM uygulamasındaki kavram karmaşasının ortadan kalkması, "insan ticareti" kavramını alelacele kullanmak yerine, 4. madde metninde açıkça belirtilmiş olan kavramların modern anlamlarını kavrayarak mümkün olacaktır. **Stoyanova** (2017), web sayfası. Yazarın Mahkemenin insan ticaretinin tanımındaki unsurlarla ilgili hukukî bir analiz yapmadığına dikkat çekip, insan ticaretine başvurmak yerine, ilgili hakları korumak için 4. madde metninde geçen ihlal tiplerine odaklanarak, onları geliştirmesi gerektiğini öne sürdüğü kapsamlı bir çalışması için bkz. **Stoyanova** (2012), s. 163-194.

125 İlgili andlaşmalarda insan ticaretinin, kişilerin birtakım yöntemlerle sömürü amacıyla birtakım eylemlere tâbi tutulması şeklinde ele alınması, bu suçun işlenmesi için üç unsurun (çocuklar için kullanılan yöntemin önemi olmadığından iki unsurun) birlikte varlığının gerektiğini göstermektedir. Bununla birlikte, tanımda belirtilen yöntemler ve eylemler hem çeşitli olduğu hem de geniş anlamlar taşıyabildiği için, andlaşmaların uygulama alanını da geniş bir biçimde yorumlamak mümkün gözükmektedir. Benzer değerlendirmeler ve insan ticaretinin unsurları için bkz. **Gallagher**, s. 29-42. Bunun yanında, tanımda tahdidî olmayacak şekilde belirli sömürü türlerinden bahsedilmesi, diğer unsurları da taşıyan yeni sömürü türlerinin bu kapsamda değerlendirilebileceğini göstermektedir. **Scarpa, Silvia** (2008) Trafficking in Human Beings: Modern Slavery, Oxford University Press, s. 5.

kilerin durumu da kulluk olarak nitelendirilebilirdi. İlaveten, kullukla ilgili olarak Mahkemenin başvurduğu kişinin durumunu değiştirme imkânına sahip olmaması veya durumunda bir değişiklik olmayacağını hissetmesi gibi muğlâk kriterler, insan ticareti mağdurları için de geçerli ve uygulanabilir gözükmektedir. Dolayısıyla, kulluk, ev işleri köleliği/kulluğu ve insan ticaretinin birbirine oldukça benzer ve örtüşebilen yönleri bulunmaktadır. Hatta en ağır ihlal biçimi olarak görülen kölelikle de benzerlik ve yakın bir ilişki söz konusudur.

Sonuç olarak belirtmek gerekir ki, 4. madde çerçevesinde değerlendirilen kavramlar arasında kesin bir ayrım yapmak kolay değildir. Zira kavramlar, önemli ölçüde iç içe geçmiş, aynı unsurları içerir ve bağlantılı durumdadır. Ayrıca, böyle bir ayrım yapmak her zaman gerekli de değildir. Zira "tipiklik" ilkesiyle sıkı sıkıya bağlı olan bir ceza mahkemesinden farklı olarak AİHM'nin[126] kavramları ve ihlal tiplerini değerlendirirken belirli bir esneklik içinde hareket edebilmesi, normaldir ve Sözleşmeyle tanınan hak ve özgürlüklerinin korunması için de gereklidir. Bununla birlikte, m. 4/3 ve m. 15 hükümlerinin taraf devletlere tanıdığı imkânlar hesaba katıldığında, zorla çalıştırma ile kölelik, kulluk veya insan ticaretiyle bir arada bulunan "nitelikli zorla çalıştırma"[127] arasındaki farkın gözetilmesinin yerinde ve yeterli olacağı değerlendirilebilir.

d. Zorla veya Zorunlu Olarak Çalıştırma

AİHS m. 4'teki "zorla veya zorunlu olarak çalıştırma" teriminin ILO'nun 29 No'lu Sözleşmesinden de önce Kölelik Sözleşmesinde (m. 5) kullanıldığı görülmektedir. Burada iki yakın anlamlı sıfatın birbirlerine "veya" bağlacıyla bağlanması, bunların birbirlerinden ayrı olabilmekle birlikte aynı değerde bulunduğunun kabul edildiği izlenimi vermektedir. Her ne kadar iki sıfatın genel anlamlarındaki farklardan yola çıkarak ayırıcı yorumlar yapılması mümkün gözükse de, gerek AİHM gerek Komisyon, bu kavramdan iki farklı uygulama türetmeyip, kavramı genellikle bir bütün olarak değerlendirmiştir[128]. Bununla birlikte, *Van der Mussele v. Belçika Davası*nda belli bir ayrım yapmaya yaklaşıldığı, ancak burada da aradaki hatların kesin şekilde belirlenmediği görülmektedir[129].

[126] Ceza hukuku ile uluslararası insan hakları hukukunun birbirinden farklı yorum yöntemlerini gerektirdiği hakkında ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. **Stoyanova** (2014), s. 415-423.

[127] Bu terim tarafımızca önerilmektedir.

[128] Uygulamadan örnekler için diğerleri yanında bkz. *Case of Siliadin v. France*, p. 117; *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, p. 276; *Case of M. and Others v. Italy and Bulgaria*, p. 162.

[129] Bkz. *Case of Van der Mussele v. Belgium*, p. 34-37.

Zorla veya zorunlu olarak çalıştırma yasağının uygulanmasına gelince, konunun genellikle belirli meslek mensuplarına veya tutulu bulunan kimselere yüklenen işler çerçevesinde Sözleşme organlarının önüne geldiği görülmektedir. AİHM veya Komisyon için asıl mesele bu kavramdan ne anlaşılması gerektiği olmuştur.

Komisyonun geçmişte çeşitli kararlarında belirttiği üzere, zorla veya zorunlu olarak çalıştırmanın tespiti için, hem çalışmanın kişinin iradesine rağmen yerine getirilmiş olması hem de yükümlülüğün haksız (*unjust*), ezici (*oppressive*) ya da ifası aşırı güç (*hardship*) olması gerekir[130]. Bu çerçevede birçok davada, birinci şartla ilgili olarak bir mesleğe gönüllü şekilde girmekle ileride karşılaşılabilecek yükümlülüklerin de kabul edilmiş sayılacağına ve/veya ikinci şartla ilgili olarak işin o derece ağırlık taşımadığına dayanılarak ret kararları verilmiştir[131]. Oysa böyle bir uygulama, devletlerin takdir marjını çok genişletecek ve m. 4/2'yle korunan güvenceyi zayıflatabilecek niteliktedir[132].

---

[130] Bkz. *Case of Van der Mussele v. Belgium*, p. 37. Mesela, Norveçli bir diş hekiminin (*Iversen*) ülkenin kuzey bölümünde 1 yıllık zorunlu hizmete tâbi tutulmuş ve görevini bir süre sonra bıraktığı için para cezası ödemek zorunda kalmış olması hakkındaki şikâyetiyle ilgili kararda, yukarıdaki şartlar zikredilip; olaydaki hizmetin kısa süreli oluşu, tatminkâr bir ücret sağlaması, mesleğin kapsamına girmesi, ayrımcı, keyfî, cezalandırıcı, haksız veya ezici bir nitelik taşımaması dikkate alınarak, ihlal bulunmadığı belirtilmiştir. Bkz. *Case of I. v. Norway*, Commission (Plenary), Decision of 17.12.1963. Komisyonun çoğunluk içinde yer alan üyelerinin dahi birbirinden farklı görüşler sunduğu bu başvuru, açıkça dayanaktan yoksun bulunmuş ve dolayısıyla daha ayrıntılı bir şekilde incelenememiştir. Bu karar hakkında bkz. **Sur** (1995), s. 18-19; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 217-218.

[131] Mesela, bir avukatın yoksul kimseleri yeterli ücret almaksızın savunma yükümlülüğü, bir noterin kâr amacı gütmeyen belirli organizasyonlar (üniversiteler, kiliseler gibi) için daha düşük ücretle hizmetlerini sunma yükümlülüğü, bir futbolcunun sözleşme süresi dolduktan sonra başka bir kulübe geçebilmesinin yüksek bir transfer ücreti ödenmesi şartına bağlanmış olmasının kendisini eski kulüpte kalmak ya da istemediği bir kulübe geçmek zorunda bıraktığı hakkındaki şikâyetleriyle ilgili kararlar böyledir. Sırasıyla bkz. *Case of X. v. Germany*, Commission (Plenary), Decision of 13.12.1979; *Case of X. v. Germany*, Commission (Plenary), Decision of 01.04.1974; *Case of X. v. Netherlands*, Commission (Plenary), Decision of 03.05.1983.

[132] İlgili değerlendirme ve Komisyon kararlarından örnekler için bkz. **Zwaak**, s. 445-450. Bunların yanında, Komisyonun daha farklı yöntemlere başvurduğu da vakidir. Mesela, adlî yardım sunmakla yükümlendirilen bir avukatın savunmaya hazırlık sırasında talep ettiği avansın verilmemesi hakkındaki şikâyetini inceleyen Komisyon, bunun, ILO'nun 105 No'lu Sözleşmesinin zorla çalıştırmanın -diğerleri yanında- siyasî cebir, ekonomik kalkınmayı sağlama, çalışma disiplinini sağlama, grevlere katılmayı cezalandırma vasıtası olarak kullanılmasını yasaklayan 1. maddesindeki durumlardan birine girmediğini belirtmiştir. Bkz. *Case of X. and Y. v. Germany*, Commission (Plenary), Decision of 11.12.1976. İlginç bir başka olayda ise, işsizlik yardımı alan ve bağımsız bilim adamlığı ve sosyal eleştirmenlik dışındaki bütün işlere karşı vicdanî retçi olduğunu öne süren başvuran, otoritelerin yardımları azaltarak kendisini istemediği bir işi kabul etmeye zorladığından şikâyetçidir. Komisyon, yukarıdaki kriterlere açıkça başvurmadan, m. 4 bakımından herhangi bir

AİHM ise, *Van der Mussele v. Belçika Davası*na[133] ilişkin kararında, Komisyonun önceki genel eğiliminden bir ölçüde ayrılarak, zorla veya zorunlu olarak çalıştırma kavramını -ve dolayısıyla yasağın kapsamını- nisbeten daha geniş yorumlamıştır[134]. Mahkeme ilgili kavramı ILO'nun 29 No'lu Sözleşmesindeki meşhur tanım ekseninde ele almıştır[135]. Bu Sözleşmenin 2. maddesinin 1. fıkrasına göre,

"*Bu Sözleşmenin amaçları bakımından, 'zorla veya zorunlu olarak çalıştırma' ifadesi, bir kişiden herhangi bir ceza tehdidiyle yapması istenen ve kişinin gönüllü olarak yapmadığı tüm iş veya hizmetleri ifade eder.*"

Bu kriterler çerçevesinde olayı incelemeye başlamadan önce Mahkeme, başvuranın yerine getirdiği hizmetin, kas gücüyle yapılan işlerden (*manual work*) daha geniş anlaşılması gereken AİHS m. 4/2'deki "çalışma" (İngilizce "*labour*"; Fransızca "*travail*") teriminin kapsamına girdiğini kaydetmiştir[136].

Mahkemeye göre, "zorla" ifadesi fiziksel ve ruhsal kısıtlamayı akla getirmekle birlikte ele alınan vakada böyle bir durum söz konusu değildir. "Zorunlu olarak" ifadesi ise, herhangi bir hukukî zorunluluk veya yükümlülük biçimi şeklinde anlaşılmamalıdır. Mesela, serbestçe müzakere edilmiş bir akit gereğince üstlenilen bir işin, sırf yapılmamasına yaptırım bağlanmış olmasına dayanarak, 4. madde kapsamına girdiği söylenemez. Bu noktada olumlu bir sonuca varmak içinse işin özellikleri bakımından ILO Sözleşmesindeki temel iki kriterin bulunması gerekir[137].

---

sorun olmadığını ve başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğunu kararlaştırmıştır. Bkz. *Case of Talmon v. the Netherlands*, Commission (Second Chamber), Decision of 26.02.1997.

133 Bu uyuşmazlıkta başvuran, Belçika'da baroya kayıtlı bir avukat olup, stajyerliği sırasında Antwerp Barosu Hukukî Danışma ve Müdafilik Bürosu tarafından ücret almadan ve masrafları karşılanmadan bir kişiyi savunmak üzere atanmış olmasından şikâyetçidir. Başvuranın belirttiği üzere, kendisi bu savunma için 17-18 saatini vakfetmiştir. Ayrıca, stajyerliği boyunca aşağı yukarı 250 davaya baktığını, bunların 50 kadarında resmî şekilde atanmış avukat olarak yaklaşık 750 saat çalıştığını belirtmekle birlikte başvuran, bunlardan şikâyetçi olmamıştır. Bkz. *Case of Van der Mussele v. Belgium*, p. 9-13, 27.

134 Bkz. **Harris, David/O'Boyle, Michael/Bates, Ed/Buckley, Carla** (2009) Harris, O'Boyle and Warbrick's Law of the European Convention on Human Rights, 2. Baskı, Oxford University Press, s. 115.

135 Bkz. *Case of Van der Mussele v. Belgium*, p. 32, 34-37.

136 Bkz. *Case of Van der Mussele v. Belgium*, p. 33.

137 Bkz. *Case of Van der Mussele v. Belgium*, p. 34.

Bu noktada Mahkeme, ilk olarak işin herhangi bir ceza tehdidi altında (*under the menace of any penalty*) yaptırılıp yaptırılmadığını ele almıştır. Başvuran verilen görevi kabul etmemiş olsaydı, her ne kadar cezaî nitelikte bir yaptırıma uğramayacaksa da baroya kaydolma başvurusunun reddedilmesi riskiyle karşılaşacaktı. Bunu saptayan Mahkeme, ILO Sözleşmesinin tanımındaki "herhangi" (*any*) sıfatını ve Örgütün benimsediği standartları da dikkate alarak, olayda bu kriterin gerçekleşmiş sayılabileceği sonucuna varmıştır[138].

Daha sonra, işin başvuran tarafından gönüllü olarak (*offered himself voluntarily*) yapılıp yapılmadığını inceleyen Mahkemeye göre, başvuran kurallarını bilerek o mesleğe girmeyi tercih etmiş olmakla birlikte, münhasıran önceki rızadan yüklenen yükümlülüklerin zorunlu olarak çalıştırma teşkil etmediği sonucuna varılamaz. Bu konuda bir ihlali tespit etmek için, önceki rızaya görece bir ağırlık verilerek, somut olayın bütün özelliklerine bakılmalıdır. Bu bağlamda, eğer ki bir mesleği edinmek için talep edilen hizmet, aşırı (*excessive*) veya o mesleğin ileride sağlayacağı menfaatlere göre orantısız bir külfet (*disproportionate burden*) yüklüyor ise ya da mesela meslekle ilgili bir konuda değilse, o zaman bu hizmete önceden rıza gösterilmiş olduğu kabul edilemez[139].

Neticede Mahkeme, bu düşünceler ışığında işin özelliklerini inceleyerek, olayda m. 4/2'nin ihlali anlamına gelecek bir zorunlu olarak çalıştırma bulunmadığına karar vermiştir[140]. Komisyon ile AİHM'nin tutumlarını karşılaştıran

---

[138] Bkz. *Case of Van der Mussele v. Belgium*, p. 35. *Tibet Menteş ve Diğerleri v. Türkiye Davası*nda ise bu kriter açısından daha katı bir değerlendirme yapıldığı görülmektedir. Bu davada, İzmir Havalimanındaki gümrüksüz satış mağazalarında yaz dönemlerinde (4 ay) 24 saat mesai 24 saat dinlenme, kışın ise 24 saat mesai 48 saat dinlenme sistemiyle çalışan ve toplu iş sözleşmelerinde dinlenme zamanlarında ücretlerinden bir kesinti yapılmayacağı öngörülen başvuranlar, fazla çalışmaları için talep ettikleri tazminat miktarına hükmedilmemesinin -diğerleri yanında- 4. maddeyi ihlal ettiğini öne sürmüştür. Bkz. *Case of Tibet Menteş and Others v. Turkey*, ECHR (Second Section), Judgment of 24.10.2017 (final 24.01.2018), p. 7-30. AİHM, başvuranların işlerini gönüllü olarak kabul ettiğini ve herhangi bir fiziksel veya ruhsal zorlamanın bulunmadığını belirtmiştir. Mahkemeye göre, sözü geçen şartlarda çalışmayı reddetmeleri durumunda başvuranların işten çıkarılmasının muhtemel olması ise, tek başına 4. madde anlamında bir ceza tehdidi sayılamaz. Neticede konu bakımından Sözleşmeyle bağdaşmaz bulunan bu başvuru reddedilmiştir. Bkz. *Case of Tibet Menteş and Others v. Turkey*, p. 68-69.

[139] Bkz. *Case of Van der Mussele v. Belgium*, p. 36-37. Buradaki hususlara bir başka kararda da atıf yapıldığını belirtmiştik. Bkz. *Case of Chowdury and Others v. Greece*, p. 90, 96.

[140] Bu sonuca varırken Mahkeme, sunulan hizmetin bir avukatın normal faaliyetlerinin dışında olmadığına, ülkede münhasıran avukatların yararlandığı savunma ve temsil hakkı dâhil mesleğin bu hizmeti telafi eden getirileri olduğuna, hizmetin başvuranın meslekî tecrübesini ve tanınırlığını arttırmasına fırsat verdiğine, yüklenen külfetin orantısız olmadığına, ücretli işlerin yerine getirilmesi için yeterince zaman kaldığına işaret etmiştir. Ayrıca bu hizmet, müvekkilin adil yargılanma hakkından yararlanmasını sağlayan bir araç olmuştur. Dolayısıyla, sosyal dayanışma kavramına

bir değerlendirmeye göre, Komisyonun önceki yaklaşımlarını birey lehine geliştirmiş görünmekle birlikte Mahkeme de zorla veya zorunlu olarak çalıştırmayla ilgili net standartlar oluşturamamış, kendisini somut olayın özelliklerini incelemekle sınırlandırmıştır[141]. Bir değerlendirmeye göre ise, her ne kadar Mahkemenin Komisyonun önceki dayanaklarından bir ölçüde ayrıldığı açık olsa da hem Komisyon hem de Mahkeme, yüklenen işi belirli yaklaşım farklılıklarıyla birlikte orantılılık ilkesi çerçevesinde incelemeye girişmiştir[142].

AİHM, belirli meslek mensuplarına yüklenen işlerle ilgili başka uyuşmazlıkları da benzer şekilde sonuçlandırmıştır. Yerel mahkeme tarafından zihinsel engelli bir kişi için vasi olarak atanan ve bunu yerine getirmemesi durumunda disiplin yaptırımına uğrayabilecek olan bir hukukçunun durumunun ele alındığı *Graziani-Weiss v. Avusturya Davası*nda, aynı dayanaklar göz önünde bulundurulup, aynı sonuca varılmıştır[143].

Diğer taraftan Mahkeme, başvuranın kulluk altında tutulduğuna hükmettiği bazı kararlarında, olayları ağırlıklı olarak bu uygulama yönünden incelemekle birlikte, nisbeten daha sade bir şekilde ve yine 29 No'lu Sözleşmedeki kriterler ışığında zorla çalıştırma yönünden de değerlendirmiştir.

---

dayanan ve makul olmadığı öne sürülemeyecek olan bu yükümlülük, Sözleşme m. 4/3(d)'de söz edilen "olağan yurttaşlık yükümlülükleri" ile benzer kategoride yer almaktadır. Bunların yanında Mahkeme, ücret ödenmemesi ve masrafların karşılanmaması açısından uğranılan zararların, bu hizmetlerin ve mesleğin sağladığı avantajlarla başa baş (*hand in hand*) geldiğini ve fazla olmadığını belirtmiştir. Bkz. *Case of Van der Mussele v. Belgium*, p. 39-40. Ülkedeki avukatların diğer meslek mensuplarından daha az lehte muamele gördüğü ve 14. maddedeki ayrımcılık yasağının ihlal edilmiş olduğu iddiası karşısında Mahkeme, bu hükmün benzer durumlardaki bireyleri ayrımcılığa karşı koruduğunu ve olayda ihlal edilmemiş olduğunu belirtmiştir. Bkz. *Case of Van der Mussele v. Belgium*, p. 44-46.

141 **Zwaak**, s. 450.

142 Bkz. **Mantouvalou** (2013), s. 151-152.

143 Bkz. *Case of Graziani-Weiss v. Austria*, ECHR (Second Section), Judgment of 18.10.2011 (final 18.01.2012), p. 36-42. Yine, özel bir muayenehanede çalışan bir doktorun bir kamu kurumu tarafından düzenlenen acil servis programına katılmakla yükümlendirilmesi, bir adlî infaz memurunun görevi sırasında yaptığı masraflarının kendisine ödenmemesi, bir kişiyi mahkemede temsil etmekle görevlendirilmiş bir hukukçunun masraflarının bir kısmını alamaması hakkındaki şikâyetlerini m. 4/2 çerçevesinde yukarıdakilere benzer şekilde ele alan Mahkeme, bu maddenin ihlal edilmediği sonucuna vardığı gibi, bunları açıkça dayanaktan yoksun bularak m. 35/3-4 gereğince reddetmiştir. Kararlar için sırasıyla bkz. *Case of Steindel v. Germany*, ECHR (Fifth Section), Decision as to the Admissibility of 14.09.2010; *Case of Mihal v. Slovakia*, ECHR (Third Section), Decision as to the Admissibility of 28.06.2011, p. 67-81; *Case of Bucha v. Slovakia*, ECHR (Third Section), Decision as to the Admissibility of 20.09.2011, p. 38-45.

*Siliadin v. Fransa Davası*na ilişkin kararda belirtildiği üzere, yabancı bir ülkede polis tarafından yakalanma korkusu yaşayan ve bu korkusu işverenlerince pekiştirilen küçük, gerçek bir ceza tehdidi altında çalıştırılmamakla beraber, algılanan tehdidin ciddîliği bakımından buna eşit bir durumdadır. Öte yandan, kendisine seçme şansı verilmediği için işi özgür iradesiyle yaptığı da söylenemeyecektir[144].

Yine, *C.N. ve V. v. Fransa Davası*nda, yapılan işlerin niceliği bakımından ikinci başvurandan farklı durumda olan birinci başvuranın zorla veya zorunlu olarak çalıştırmaya da tâbi tutulmuş olduğuna hükmedilmiştir. Mahkemeye göre, yapılması istenen işin tür ve niceliği, zorla çalıştırma ile aynı evi paylaşan kişilerden makul olarak beklenebilecek yardımı birbirinden ayırmaya yarayacaktır. Bu çerçevede, yukarıda görüldüğü gibi, "orantısız külfet" kavramına da başvurulabilmektedir. Somut olaya gelince, çok ağır bir biçimde çalışmaya zorlanan birinci başvuran işi gönüllü olarak yapmamıştır[145]. Diğer taraftan, başvuranın sık sık geldiği ülkeye geri gönderilmekle -ki böyle bir şey kendisi için ölmek ve küçük kardeşlerini kaybetmek anlamına gelmekteydi- tehdit edilmesi, işin ceza tehdidi altında yapıldığını göstermiştir. Bu son durumla ilgili olarak Mahkeme, 29 No'lu Sözleşmedeki "*herhangi bir ceza*" terimini ILO'nun geniş yorumladığını da hatırlatmaktadır[146].

---

144 Bkz. *Case of Siliadin v. France*, p. 115-120.

145 Bkz. *Case of C.N. and V. v. France*, p. 73-76.

146 Bkz. *Case of C.N. and V. v. France*, p. 77-78. ILO Genel Direktörü tarafından hazırlanıp, Uluslararası Çalışma Konferansına sunulan Çalışma Yaşamında Temel İlkeler ve Haklar ILO Bildirgesine İlişkin Küresel İzleme Raporunda, ILO denetim organlarının çalışmalarının 29 No'lu Sözleşmede bulunan tanımdaki unsurların anlaşılmasına hizmet ettiği belirtilmektedir. Bu çerçevede, bahsedilen cezanın mutlaka cezaî yaptırımlar biçiminde olmasının gerekmediği, birtakım hak ve ayrıcalıkların kaybı şeklinde de olabileceği ifade edilmektedir. Bunun yanında, ceza tehdidi de oldukça değişik biçimlere bürünebilecektir. Fiziksel şiddet veya kısıtlama, kişiye veya akrabalara yönelik ölüm tehdidi bunun en ileri düzeydeki görünümlerindendir. Kişinin yasadışı göçmenlik, fuhuşa karışma gibi hukuka aykırı bir durumundan yararlanma, kimlik belgeleri alınarak bunun üzerinden baskı kurma gibi daha kurnazca yöntemler de sıkça kullanılabilmektedir. İşin gönüllü şekilde yapılıp yapılmadığı bakımından ise, rızanın verilme biçimi ve konusu, dolaylı zorlamaların rolü, özgürce gösterilen rızayı geri çekme imkânının bulunup bulunmadığı gibi hususlara dikkat edilmelidir. Burada da değişik zorlama yöntemleri kullanılabilmektedir. Mesela, birçok mağdurun baştaki rızası hile ve aldatmayla elde edilmekte, bu kişiler ancak sonradan hukukî, fizikî veya psikolojik sıkıntılar yüzünden işten ayrılma özgürlüklerinin olmadığını anlayabilmektedirler. Bkz. ILO, The Cost of Coercion, s. 5-6.

4. Zorla veya Zorunlu Olarak Çalıştırma Sayılmayan Uygulamalar

a. Genel Olarak

AİHM'ye göre, Sözleşmenin 4. maddesinin 3. fıkrası, 2. fıkrada güvence altına alınan hakkın kullanımını kısıtlamayı amaçlamaz; bunun yerine, 2. fıkrayla bir bütün teşkil ettiği ve nelerin "zorla veya zorunlu olarak çalıştırma" terimi kapsamına girmeyeceğini gösterdiği için, bu hakkın bizzat içeriğinin sınırlarını belirlemeyi hedefler. Bu yönüyle 3. fıkra, 2. fıkranın yorumlanmasına yardımcı olmaktadır. Maddenin 3. fıkrasının bentlerinin çeşitlilik arz ettiği gerçeğiyle birlikte; bu fıkradaki düzenlemeler, umumun menfaati, sosyal dayanışma ve hayatın/işlerin seyri içerisinde olağan veya normal sayılma (*in the normal or ordinary course of affairs*) gibi düşünceler çerçevesinde temellendirilmiştir[147].

Yukarıda ele aldığımız birçok vakada Mahkemenin 3. fıkraya başvurma gereği duymadan, oldukça çeşitli hususları göz önünde bulundurarak, uyuşmazlık konusunun Sözleşme bakımından bir zorla çalıştırma oluşturmadığına hükmettiği görülmüştür. Bir başka deyişle, salt 3. fıkrada belirtilen uygulamalar değil, birtakım özellikleri taşıyan başka uygulamalar da zorla çalıştırma sayılmayabilmektedir. Diğer taraftan aşağıda ele alacağımız vakalarda Mahkemenin zorla çalıştırmayla ilgili genel olarak uyguladığı kriterlere başvurmadığı, yani konuyu çalışmanın bir ceza tehdidi altında ve kişinin iradesi dışında yaptırılıp yaptırılmadığı yönünden değerlendirmediği; bunun yerine, 3. fıkranın şartları çerçevesinde hareket ettiği görülmektedir.

---

147 Bkz. *Case of Van der Mussele v. Belgium*, p. 38; *Case of Karlheinz Schmidt v. Germany*, p. 22; *Case of Zarb Adami v. Malta*, p. 44; *Case of Stummer v. Austria*, p. 120; *Case of Graziani-Weiss v. Austria*, p. 37. Sözleşmenin 4. maddesinin 3. fıkrasının anlam ve mahiyeti konusunda doktrinde farklı yorumlar yapılmıştır. Bir yoruma göre, 3. fıkra, 2. fıkrayı ya da oradaki kavramın kapsamını olumsuz anlatımla açıklamaktadır. **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 217; **Schabas**, s. 206. Bir başka yoruma göre, 3. fıkranın "a" ve "b" bentlerindeki istisnalar gerçek istisnalar; "c" ve "d" bentlerinde belirtilen konular ise daha çok "zorla veya zorunlu olarak çalıştırma" kavramının tanımı içine girmeyecek yükümlülük örnekleridir. **Jacobs/White**, s. 69. Diğer bir görüşe göre, 3. fıkradaki çalışma türleri, "zorla veya zorunlu olarak çalıştırma" kavramının tanımının bir parçası olup, dar bir şekilde yorumlanacak kısıtlamalar değildir. **Harris/O'Boyle/Bates/Buckley**, s. 116. AİHM ise aşağıda göreceğimiz bir kararında, m. 4/3(b)'yi ele alırken, istisnaların katı bir biçimde yorumlanması gerektiği ilkesini vurgulamıştır. Bkz. *Case of Chitos v. Greece*, ECHR (First Section), Judgment of 04.06.2015, p. 83.

b. Tutulu Bulunma veya Şartlı Tahliye Sırasında Çalışma

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, bu konuya ilişkin m. 4/3'ün "a" bendini değerlendirirken AİHM, diğer hususların yanında, sıklıkla Avrupa Konseyi üyesi devletlerin ortak uygulamalarına da bakmıştır.

En başta, neyin "*tutulu bulunma süresi içinde olağan olarak yapılması istenen çalışma*" sayılacağı konusunda Mahkeme, üye devletlerde hâkim olan standartları göz önünde bulunduracağını belirtmiştir[148]. Bu bağlamda, başıboş oldukları tespit edilip, rehabilitasyon merkezinde tutulmaları kararlaştırılan kişilerin düşük bir ücret ve disiplin cezası kaygısı ile çalıştırılmaları hakkındaki başvurularıyla ilgili olarak Mahkeme, getirilen çalışma yükümlülüğünün, bu kişilerin topluma yeniden kazandırılmasını amaçlaması ve birçok Konsey üyesi devlette muadili bulunan genel bir standarda dayanması sebebiyle, m. 4/3(a) bakımından normallik sınırlarını aşmadığını belirtmiştir[149]. Bir başka davada Mahkemenin belirttiği üzere, salıverilmesi cezaevinde çalışarak bir miktar para biriktirmesi şartına bağlanan kişi (olayda, belirli işi olmayan bir îtiyâdî suçlu), bir anlamda bir yükümlülükle (zorlamayla) karşı karşıyadır. Bununla birlikte, bir önceki karardaki gerekçeler burada da geçerli görülerek normallik sınırlarının aşılmadığına hükmedilmiştir[150].

Yukarıdaki iki karardan ortaya çıkan başka sonuçlara da dikkat çekmek gerekir. Öncelikle, AİHS'ye uygun olarak AİHM'nin "tutulu bulunma" kavramını geniş yorumladığı belirtilmelidir. Bu bağlamda m. 4/3(a), sadece tutukluların veya hükümlülerin değil[151], mesela m. 5/1(e) çerçevesinde özgürlüklerinden mahrum bırakılan kişilerin de (bulaşıcı hastalıkları yayabilecek olanlar, akıl hastaları, alkol veya uyuşturucu madde bağımlıları ve başıboş kişiler) olağan şekilde çalıştırılmasına imkân vermektedir[152]. Öte yandan, m. 5/4'ün[153] ihlal edil-

148 Bkz. *Case of Stummer v. Austria*, p. 128.

149 Bkz.*Case of De Wilde, Ooms and Versyp ("Vagrancy") v. Belgium*, p. 90.

150 Bkz. *Case of Van Droogenbroeck v. Belgium*, p. 59. Ayrıca bkz. *Case of Stummer v. Austria*, p. 121; *Case of Meier v. Switzerland*, p. 66.

151 ILO'nun 29 No'lu Sözleşmesi m. 2/2(c)'de ise, bir mahkemenin verdiği mahkûmiyet kararının sonucu olarak istenen çalışmanın zorla çalıştırma sayılmayacağı belirtilmektedir. Bu bakımdan iki andlaşma karşılaştırıldığında AİHS'nin getirdiği korumanın diğerine göre biraz geride kaldığı belirtilmelidir. **Sur** (1995), s. 21.

152 Bkz. *Case of De Wilde, Ooms and Versyp ("Vagrancy") v. Belgium*, p. 89.

153 Buna göre, "*Yakalama veya tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulma işleminin hukuka uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve eğer tutulma hukuka aykırı ise serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.*"

miş olmasının otomatik olarak m. 4'ün de çiğnendiği anlamına gelmediğini belirten Mahkemenin, m. 4/3(a) çerçevesinde istenebilecek çalışma için kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılabileceği hâlleri sayan m. 5/1 açısından uygunluk aradığı görülmektedir[154].

Bunların dışında AİHM, *Stummer v. Avusturya Davası*nda, tutuklu veya hükümlülerin çalışmaları karşılığında sosyal güvenlik ve özellikle yaşlılık aylığı sistemine katılma bakımından hak sahibi olup olmadıklarını incelemiştir. Bu konuda Avrupa'da olumlu yönde bir eğilimin ortaya çıktığına işaret edilmekle birlikte[155], somut olayda başvuranın sigortasız çalıştırıldığı (1960-1990 yılları arasındaki) dönemde ve hatta hâlihazırda 4. madde çerçevesinde yükümlülük doğuracak bir Avrupa konsensüsü ve ortak payda bulunmadığı tespit edilmiş ve netice olarak istenen çalışmanın m. 4/3(a) kapsamına girdiği belirtilmiştir[156].

---

154 *Case of De Wilde, Ooms and Versyp ("Vagrancy") v. Belgium*, p. 89; *Case of Van Droogenbroeck v. Belgium*, p. 59. Yargı yoluna başvurma imkânının bulunmadığı bir hâlde kişinin tutulmasının zorla çalıştırmaya dayanak teşkil edebilmesi eleştirilebilecek bir durumdur ve "*Kimse kendi kusuruna dayanarak hak öne süremez.*" (*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*) ilkesiyle de çelişmektedir. **Zwaak**, s. 451. Sözleşme m. 5'in 1. fıkrası ile 4. fıkrası arasındaki hükümlerin ihlalinin tutukluluğu hukuka aykırı hâle getireceği ve m. 4/3(a)'nın 5. maddenin fıkraları arasında bir ayrım yapmadığı hakkında ayrıca bkz. **Jacobs/White**, s. 74.

155 Bu noktada üye devletlerin ulusal düzenlemeleri ile Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 2006 tarihli Avrupa Cezaevi Kurallarının "*Çalışan mahpuslar, mümkün olabildiğince ulusal sosyal güvenlik sistemlerine dâhil edilmelidir.*" tavsiyesini getiren 26.17 numaralı esasına değinilmiştir. Karar için bkz. <https://rm.coe.int/european-prison-rules-978-92-871-5982-3/16806ab9ae> s.e.t. 05.04.2019.

156 Mahkemenin konuyu ele alma fırsatı bulduğu bu ilk kararın ilgili kısımları için bkz. *Case of Stummer v. Austria*, p. 60, 105-107, 128-134. Ayrıca bkz. *Case of Meier v. Switzerland*, p. 67. Komisyon da, daha eski tarihlerde aynı sonuca varmıştır. Başvuranların, tutulu bulundukları sırada yapmak zorunda oldukları çalışmalar karşılığında yeterli ücret taleplerinin reddedilmesi ve sosyal güvenlik sistemine dâhil edilmemelerinden şikâyetçi oldukları bir uyuşmazlıkta Komisyon, 4. maddenin bu şikâyet konularıyla ilgili bir hüküm içermemesi sebebiyle -geçmişteki birçok vakada olduğu gibi- başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. Bu uyuşmazlıkta başvuranlar, talep edilen çalışmanın bir kısmının cezaevi yönetimiyle iş sözleşmeleri akdeden özel işletmeler için yapılmasından ve bu durumun onları köleleştirdiğinden de şikâyetçidir. Bu konuda da 4. maddede devlet otoritelerini engelleyen bir hüküm olmadığı, Avrupa Konseyi üyesi devletlerde benzer uygulamalar olduğu ve -29 No'lu Sözleşme m. 2/2(c)'de bulunan- bu yönde engelleyici bir hükme AİHS'yi oluşturanların bilinçli şekilde yer vermediği belirtilmiştir. Bkz. *Case of Twenty-one Detained Persons v. Germany*, Commission (Plenary), Decision of 06.04.1968. 29 No'lu Sözleşmenin Komisyon kararında bahsedilen maddesine göre şu uygulama zorla çalıştırma sayılmayacaktır: "*Çalışma veya hizmetin bir kamu makamının nezaret ve kontrolü altında icra edilmesi ve söz konusu ferdin özel kişilerin, şirketlerin veya özel-tüzel kişilerin hizmetine bırakılmaması veya verilmemesi şartıyla, bir mahkemenin verdiği mahkûmiyet kararının sonucu olarak yapmaya mecbur edildiği bir iş veya hizmet.*"

Yukarıdaki davada, uyuşmazlık konusu olmamakla birlikte tutulu durumdaki çalışanların ücretleri meselesine de değinilmiş ve Komisyonun önceki kararına göndermede bulunulmuştur[157]. Yakın tarihli başka kararlarda da, ücret ödenmemesinin çalışmanın m. 4/3(a) kapsamında sayılmasına engel teşkil etmediği ana esas olarak belirtilmekle birlikte, bu kimselerin lehine gelişen bir eğilim olduğuna da dikkat çekilmektedir[158].

Çeşitli kararlarıyla Sözleşmenin 4. maddesinin içeriğini geliştirip, devletlerin daha ileri düzeyde koruma sağlamaları hususunda teşvik edici rol oynayan AİHM'nin, *Stummer v. Avusturya Davası*nda yaşayan belge yaklaşımı yerine çoğunluğun uygulamasına dayanması eleştirilmiştir. Bu bağlamda insan hakları sözleşmelerinin çıkış noktasının bireyleri çoğunluğun tercihlerinden korumak olduğu da vurgulanmıştır[159]. Yine de gözden kaçırılmamalıdır ki, bu son karar-

---

157 Bkz. *Case of Stummer v. Austria*, p. 122.

158 Mesela, kendi talebiyle cezaevi araç filosunun bakımında çalışan, bu iş cezaevinin günlük işleyişinin bir parçası olarak kabul edildiğinden ücret ödenmeyen, ancak hapis cezasından 37 gün düşürülen bir mahkûmun başvurusuyla ilgili olarak Mahkeme, ana esası vurgulamakla birlikte, Avrupa Cezaevi Kurallarının "*Her halükarda, mahpusların çalışmalarına karşılık adil bir ücret verilmelidir.*" tavsiyesini getiren 26.10 numaralı esasını not ederek, başvuranın söz konusu ceza indirimi karşısında ücret almadığının söylenemeyeceğini belirtmiştir. Neticede çalışmanın m. 4/3(a) kapsamına girdiği kararlaştırılmıştır. Bkz. *Case of Floroiu v. Romania*, ECHR (Third Section), Decision of 12.03.2013, p. 32-37. Yine, yerel mahkeme tarafından tutulu bulunacağı 15 günlük süre zarfında belediyenin bir kamu hizmeti kapsamında ücretsiz şekilde çalışmasına hükmedilen başvuranın şikâyetiyle ilgili olarak Mahkeme, ana esası teyit ettikten sonra, Avrupa Cezaevi Kurallarındaki ilgili tavsiye dâhil sonraki gelişmelerin farkında olduğunu, ancak olayın meydana geldiği 2004 yılında tutulu bulunanların çalışmalarının her durumda ücretlendirilmesini zorunlu kılan bir yükümlülüğün bulunmadığını, ayrıca çalışmanın belli bir amaca hizmet eden kısa süreli bir uygulama olduğunu da belirtmiştir. Neticede çalışmanın m. 4/3(a) kapsamına girdiği kararlaştırılmıştır. Bkz. *Case of Zhelyazkov v. Bulgaria*, ECHR (Fourth Section), Judgment of 09.10.2012, p. 36-37.

159 **Mantouvalou** (2013), s. 153-154. Bir görüşe göre de, Mahkemenin uygulamasında Avrupa konsensüsüne sık sık taraf devletlerin takdir marjının genişliğini belirlemek amacıyla başvurulmaktadır. Sözleşmenin en temel hükümleri bakımından ise -bu karardan önce- böyle bir gerekçelendirmeye gidildiği görülmemiştir. Dahası, başvuranın zorla çalıştırmaya tâbi tutulup tutulmadığının hukukî yönden nitelendirilmesi münhasıran Mahkemenin yetki alanı içindeyken, devletlere takdir marjı bırakmak uygun olmamıştır. Sonuç olarak Mahkeme, 4. maddenin gerektirdiği gerçekçi ve etkili korumayı sağlayamamış ve maddeyi günün koşullarına taşıyamamıştır. **Füglistaler, Gabriel** (2016) The Principle of Subsidiarity and the Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights' Post-2011 Jurisprudence, IDHEAP, s. 80-81. Bu davada çoğunluktan ayrılan ve söz konusu şartlar altında çalışmanın günümüzde "*olağan olarak yapılması istenen iş*" sayılamayacağını belirtip, 4. maddenin ihlal edildiğini düşünen *Yargıç Tulkens*'in görüşleri için de bkz. *Case of Stummer v. Austria*, ECHR (Grand Chamber), Partly Dissenting Opinion of *Judge Tulkens* of 07.07.2011, p. 1-10.

lardaki birtakım ifadeler, sosyal güvenlik ve ücret konularında ileride çıkabilecek uyuşmazlıklarda Mahkemenin görüşünü başvuranlar lehine değiştirmesinin muhtemel olduğu izlenimi vermektedir.

AİHM, konunun daha farklı yönüyle ilgili ilk kez önüne gelen bir uyuşmazlıkta ise, tutulu bulunan bir kişinin emeklilik yaşından sonra çalıştırılması hakkındakini şikâyetini incelemiştir. Mahkeme, özellikle Konsey üyesi devletler arasında konuyla ilgili yeterli bir konsensüs oluşmadığı için, 4. madde çerçevesinde bir yasaktan söz edilemeyeceğini, davalı devletin geniş bir takdir marjından yararlanacağını ve netice olarak istenen çalışmanın m. 4/3(a) kapsamına girdiğini belirtmiştir. Bunun yanında Mahkeme, başvurana yüklenen işin amacı, niteliği, kapsamı ve yerine getirilme usulünü de incelemeyi gerekli görüp; çalışmanın tutulu bulunmanın zararlı etkilerini azalttığına ve ilgilinin çok zamanını almayıp, yaş, sağlık ve kapasitesi bakımından uygun olduğuna kanaat getirdiğini de belirtmiştir[160].

c. Askerlik Hizmeti veya Alternatif Kamu Hizmeti

Bu konuya ilişkin olarak, öncelikle m. 4/3'ün "b" bendinde belirtilen "*askerî nitelikli herhangi bir hizmet*" kavramından ne anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulmalıdır.

Geçmişte Komisyon, küçük yaşta ailelerinin rızalarıyla İngiliz donanmasında 9 yıllık bir süre için görev yapmayı üstlenen ancak sonradan ayrılma talepleri reddedilen kişilerin şikâyetlerini m. 4/3(b) çerçevesinde ele almış ve m. 4/2'ye aykırılık bulunmadığı sonucuna varmıştır[161]. Varılan sonucun yerinde olduğu öne sürülebilse bile, konunun "b" bendi çerçevesinde ele alınması sorunlu görünmektedir.

---

[160] Bkz. *Case of Meier v. Switzerland*, p. 30-32, 72-80.

[161] Bkz. *Case of W., X., Y. and Z. v. The United Kingdom*, Commission (Plenary), Decision of 19.07.1968. Komisyon burada 29 No'lu Sözleşmenin m. 2/2(a) hükmüne ve Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Sözleşme m. 8/3(c)-ii'nin hazırlık çalışmalarına da bakmıştır. İlkinde "*mecburî askerlik hizmeti hakkındaki kanunlar gereğince mecbur tutulan ve sadece askerî bir mahiyet taşıyan işlere hasredilen bir çalışma veya hizmet*"; ikincisinde ise "*askerî nitelikli herhangi bir hizmet ve bu hizmete katılmayı vicdanî bakımdan reddetme hakkının tanındığı ülkelerde de bu hakkı kullananlardan yasal olarak istenen herhangi bir ulusal hizmet*" zorla veya zorunlu olarak çalıştırmanın kapsamı dışında tutulmaktadır. Komisyona göre, ikincisinde zorunlu askerlik hizmetinden bahsedilmemiş olmasıyla, gönüllü şekilde girilen askerlik hizmetlerinin de kapsanması amaçlanmıştır.

AİHM ise, zorunlu görev süresi sona ermeden istifa edebilmek için aldığı eğitimlerin parasal karşılığını devlete ödemeye zorlanan bir tabip subayın durumuyla ilgili oldukça yeni tarihli bir kararında, söz konusu bendin zorunlu askerlik hizmetiyle (*conscription*) ilgili olduğunu, ancak meslekten askerler (*regular members of the armed forces*) açısından uygulanamayacağını belirtmiştir. Aslında bu sonuç, bendin sonundaki "*vicdanî reddi seçen kişilere zorunlu askerlik hizmeti yerine gördürülebilecek başkaca bir hizmet*" ifadesinden de çıkmaktadır. Bu noktada istisnaların katı bir şekilde yorumlanması gerektiği ve bunun Sözleşmedeki en temel haklardan olan m. 4'ün 1. ve 2. fıkrası için öncelikle geçerli olduğu da hatırlatılmıştır. Dolayısıyla konu, yerinde olarak, m. 4/3 kapsamında ele alınmayıp, m. 4/2 çerçevesinde incelenmiştir[162]. Mahkeme, bu durumdaki kişilere sağlanan avantaj ve ayrıcalıklar ile devletin yaptığı yatırımın karşılığını elde etme ve ordusunun ihtiyaçlarını sağlama konusundaki beklentilerini göz önünde bulundurarak, ne tür bir yükümlülük üstlendiklerinin farkında olan bu kişilerin belirli bir süreliğine zorunlu hizmete ve erken ayrılma durumunda ise ödeme yapmaya tâbi tutulmasını meşru görmüştür. Ayrıca, yükümlülük süresi ile erken ayrılma şartlarının belirlenmesinde devletin takdir yetkisi kabul edilmiştir[163]. Bununla birlikte, m. 4/2'nin ihlal edilip edilmediğinin tespiti bakımından son olarak başvurana yüklenen külfetin orantılı olup olmadığının incelenmesi gerektiğini belirten Mahkeme, kimi durumlarda kalan hizmet süresini satın alma süreciyle ilgili şartların bireyin hakları ile toplumun menfaatleri arasındaki dengeyi gözetmeyebileceğini hatırlatmıştır[164]. Olay bakımından da yerel mahkemenin yürütmeyi durdurma kararına uymayarak ödeme taleplerini ısrarlı bir şekilde yineleyen idarî merciler, başvuranı ödeme yapmak zorunda bırakmış ve ona orantısız bir külfet yüklemiştir. İşbu sebeple m. 4/2 ihlal edilmiştir[165].

Son olarak bu konunun vicdanî ret ile bağlantısını açıklamak gerekir. Geçmişte Komisyon, bir dizi kararında, m. 4/3(b)'deki "*vicdanî reddin meşru sayıldığı ülkelerde, ... yerine gördürülebilecek başkaca bir hizmet*" ifadesi gere-

[162] Bkz. *Case of Chitos v. Greece*, p. 83-87.
[163] Bkz. *Case of Chitos v. Greece*, p. 92, 94.
[164] Bkz. *Case of Chitos v. Greece*, p. 96, 101.
[165] Bkz. *Case of Chitos v. Greece*, p. 106, 109.

ğince Sözleşmenin vicdanî reddi tanıyıp tanımama tercihini taraf devletlere bırakmış olduğuna dayanarak, düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü öngören 9. maddeyi vicdanî retçilere uygulamaktan kaçınmıştır. Bir başka deyişle Komisyon, m. 4/3(b) ile m. 9'u birlikte okuyarak, Sözleşmenin vicdanî retçiler için bir hak ya da taraf devletler için vicdanî retçilere askerlik hizmeti yerine geçecek sivil bir hizmet sunma yükümlülüğü getirmediğini kabul etmiştir[166]. Nisbeten yeni bir davada, bu yorumdan tatmin olmayıp Sözleşmenin hazırlık çalışmalarını da dikkate alan AİHM'ye göre ise, m. 4/3(b)'nin tek amacı m. 4/2'nin kapsamını belirlemektir. Vicdanî ret hakkını ne kabul eden ne de reddeden bu madde, 9. maddede güvence altına alınan haklar üzerinde sınırlandırıcı bir etkiye sahip değildir. Netice olarak dinî kanaatleri nedeniyle askerlik hizmeti yapmayı reddeden başvurucuya alternatif bir hizmette bulunma imkânı da sunulmadan cezaî müeyyide uygulanması 9. maddeye aykırı bulunmuştur[167].

d. Olağanüstü Hâllerde Yapılan Hizmet

Toplumun hayat veya refahını tehdit eden olağanüstü durumlarda istenebilecek çalışmalarla ilgili içtihadın pek gelişmiş olduğu söylenemez. Bu konuya değindiği bir kararında Komisyon, avlanma hakları bulunan bir kişinin salgın hastalıklarla mücadele amacıyla yapılacak ilaçlama faaliyetlerine katılmasının istenmesine ilişkin şikâyetini, böyle bir yükümlülüğün getirilmesinin m. 4/3'ün "c" veya "d" bentleri çerçevesinde haklı görülebileceğini belirterek, açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur[168]. Bunun dışında, yukarıda ele aldığımız *I. v. Norveç Davası*na ilişkin olarak Komisyonun iki üyesi, ülkenin kuzey bölümünde zorunlu hizmet talep edilmesinin bu bent kapsamına girdiğini değerlendirmiştir. Görüldüğü kadarıyla, AİHM'nin doğrudan bu konuya ilişkin bir kararı bulunmamaktadır[169].

---

166 Örnek olarak bkz. *Case of A. v. Switzerland*, Commission (Plenary), Decision of 09.05.1984; *Case of Johansen v. Norway*, Commission (Plenary), Decision of 14.10.1985.

167 Bkz. *Case of Bayatyan v. Armenia*, ECHR (Grand Chamber), 07.07.2011, p. 99-100. Örnek kararlar ve karşılaştırmalı bilgi için ayrıca bkz. **Schabas**, s. 215-216; European Court of Human Rights/Press Unit, "Factsheet: Conscientious Objection", 10.2017.

168 Bkz. *Case of S. v. Germany*, Commission (Plenary), Decision of 04.10.1984.

169 Genel olarak yangın, kıtlık, taşımacılık sistemlerinin veya barajların acilen tamir edilmesinin veya bir tehlike içinde bulunan kişilere yardımın gerekmesi gibi durumlarda yapılması istenecek çalışmalar bu kapsamda değerlendirilebilecektir. **Zwaak**, s. 452. Elbette ki, bu tarz hizmetlerin ilgili kişilerin kapasite ve yetenekleri göz önünde bulundurularak talep edilmesi gerekir. **Sur** (1995), s. 23; **Jacobs/White**, s. 76.

Öte yandan, söz konusu bendin Sözleşmenin 15. maddesiyle bir ölçüde örtüştüğünü de belirtmek gerekir. Bununla birlikte, taraf devletlerin savaş veya diğer olağanüstü hâllerde Sözleşmede öngörülen yükümlülüklere aykırı önlemler alabilmesi, yani derogasyon hakkını kullanabilmesi için 15. maddede esasa ve usule ilişkin birtakım açık şartlar öngörülmüştür[170]. Dolayısıyla, taraf devletler, 15. maddedeki şartlarla ya da başvurulması özel formaliteleri gerektirmeyen ve nisbeten daha kolay olan m. 4/3(c) çerçevesinde birtakım zorunlu hizmetler talep edebilecektir[171].

e. Olağan Yurttaşlık Yükümlülükleri

AİHS m. 4/3(d), "c" bendindeki hükümden farklı olarak, acil veya beklenmedik bir durum ortaya çıkmasına gerek olmaksızın, olağan yurttaşlık yükümlülükleri kapsamında talep edilebilecek çalışmalara ilişkindir[172]. Belirli bir

---

170 Söz konusu 15. maddenin tam metni şöyledir: "*1. Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike hâlinde her yüksek sözleşmeci taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklere ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşmede öngörülen yükümlülüklere aykırı tedbirler alabilir. 2. Yukarıdaki hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında 2. maddeye, 3. ve 4. maddeler (fıkra 1) ile 7. maddeye aykırı tedbirlere cevaz vermez. 3. Aykırı tedbirler alma hakkını kullanan her yüksek sözleşmeci taraf, alınan tedbirler ve bunları gerektiren nedenler hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreterine tam bilgi verir. Bu yüksek sözleşmeci taraf, sözü geçen tedbirlerin yürürlükten kalktığı ve Sözleşme hükümlerinin tekrar tamamen geçerli olduğu tarihi de Avrupa Konseyi Genel Sekreterine bildirir.*"

171 Bu noktada, olağanüstü durumlarda talep edilebilecek hizmetlere örnek olarak Türkiye bakımından güncel bir konuya işaret etmek gerekir. 21.07.2016 tarihinde Türkiye, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine -birçok taraf devletin zaman zaman yaptığı gibi- derogasyon hakkını kullanacağını bildirmiştir. Daha sonra çıkarılan 15.08.2017 tarihli 694 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin (bkz. RG, 25.08.2017, S: 30165) 37. maddesinde çalışma hayatını ilgilendiren bir hüküm öngörülmüştür. Buna göre, Türk Silahlı Kuvvetlerinden ayrılan pilotlar, birtakım şartları sağlamaları hâlinde ihtiyaç duyulan hava aracı tiplerinde belirli bir yükümlülük süresini (18 yılı) tamamlamak üzere yeniden atanırlar. Bu kişilere rütbelere terfi, uçuş tazminatı, görevlerini tamamladıktan sonra önceden çalıştıkları firmalar tarafından yeniden istihdam edilme konularında haklar getiren hükümlere yer verilmiş; sağlık yeteneklerini kaybedenlerin yükümlülüklerinin sona ereceği de öngörülmüştür. Öte yandan, yükümlülüğü yerine getirmekten kaçınanların sivil pilot sertifikalarının yükümlülük süresince iptal edileceği düzenlenmiştir. Bu bilgiler ışığında, böyle bir uygulama, Türkiye'nin 15. maddeden doğan hakları çerçevesinde aldığı bir önlem olarak değerlendirilebilir. Hatta derogasyon hakkı kullanılmıyor olsa dahi, Türkiye'nin karşılaştığı sorunlar ve bu çerçevede ortaya çıkan ihtiyaçları göz önünde bulundurulduğunda, m. 4/3'ün "c" ve "d" bentlerinin böyle bir uygulamayı haklı kılacak nitelikte olduğu belirtilmelidir.

172 **Jacobs/White**, s. 76; **Zwaak**, s. 452.

uyuşmazlık bakımından olağanlığın tespiti için diğer taraf devletlerin uygulamalarına bir değerlendirme kriteri olarak başvurmak gerekir[173]. Bununla birlikte, bu tarz bir yükümlülüğün içeriğinin bazen belirli bir yerin ihtiyaç ve gelenekleriyle ilgili olabileceği düşünüldüğünde, yerel uygulamalar ile Avrupa standartlarının bağdaştırılması sorununun gündeme gelebileceği belirtilmelidir[174].

AİHM, belirli meslek mensuplarıyla ilgili yukarıda değindiğimiz davalardan bazılarında, bu hükmün ele alınan konu bakımından özel bir öneme sahip olduğunu belirtmiştir. Bu davalar, bir stajyer avukatın ücretsiz adlî yardım sunmakla, bir doktorun acil servis programına katılmakla ve bir hukukçunun vasi olarak iş görmekle yükümlendirilmesi hakkında şikâyetlerini içermekteydi[175].

Bazı davalarda ise nisbeten daha açık bir şekilde hizmetin m. 4/3(d) kapsamına girdiği belirtilmiştir. Bu bağlamda, zorunlu yangın söndürme hizmeti veya onun yerine malî katkı sağlama yükümlülüğü[176], mahkemelerde zorunlu jürilik görevi[177] olağan yurttaşlık yükümlülüklerinden sayılmıştır. Yine, bazı şirketlerin vergi ve sosyal güvenlik gibi katkıların hesaplanarak kaynakta (maaş ve ücretlerden) kesilmesi ve yetkili mercilere ödenmesi görevinin olağan yurttaşlık yükümlülüklerini aştığı hakkındaki şikâyetlerini ele alan Komisyona göre, zorla çalıştırma kavramının başvuranın bir tüzel kişi olduğu durumlarda uygulanabileceği farz edilse bile[178], iddialar yerinde olmayıp, ihlal bulunmamaktadır[179].

---

[173] **Jacobs/White**, s. 77.

[174] **Merrills/Robertson**, s. 52.

[175] Bkz. *Case of Van der Mussele v. Belgium*, p. 38; *Case of Steindel v. Germany*; *Case of Graziani-Weiss v. Austria*, p. 37. Hatta ilkinde, sosyal dayanışma olgusuna dayanan ve makul olmadığı öne sürülemeyecek olan söz konusu yükümlülüğün, m. 4/3(d)'deki "olağan yurttaşlık yükümlülükleri"yle benzer kategoride yer aldığı belirtilmiştir. Bkz. *Case of Van der Mussele v. Belgium*, p. 39. Yine de bu bendin, ilgili çalışmanın olağan olup olmadığı değerlendirilirken ikinci derecede etkili olduğu görülmektedir. Nitekim Mahkeme, söz konusu çalışmanın her durumda bu bende göre haklı olup olmadığına ve "olağan yurttaşlık yükümlülükleri" kavramının, işgal ettikleri mevkiler veya toplum içinde kendilerinden yerine getirmeleri beklenen işlevler gereğince özel bir sınıftaki yurttaşlara yüklenen yükümlülükleri kapsayacak kadar geniş olup olmadığına karar vermeyi gerekli görmediğini belirtmiştir. Bkz. *Case of Van der Mussele v. Belgium*, p. 41; *Case of Graziani-Weiss v. Austria*, p. 43.

[176] Bkz. *Case of Karlheinz Schmidt v. Germany*, p. 23.

[177] Bkz. *Case of Zarb Adami v. Malta*, p. 47.

[178] Komisyon burada kesin bir tutum almaktan kaçınmıştır.

[179] Bkz. *Case of Four Companies v. Austria*, Commission (Plenary), Decision of 27.09.1976.

Konuyu tamamlamadan önce, Sözleşmenin 14. maddesindeki ayrımcılık yasağına zaman zaman m. 4/3'ün "d" bendiyle veya "olağanlık" hususuyla bağlantılı şekilde başvurulduğu belirtilmelidir. AİHM'nin belirttiği üzere 14. madde, sadece Sözleşmenin esasa ilişkin diğer hükümlerinde güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından etkiye sahip olup, onları tamamlayıcı bir özellik gösterir. Bu bakımdan 14. madde, bağımsız bir varlığa sahip değildir. Yine de bir konunun 14. madde çerçevesinde ele alınması için mutlaka ötekilerden birinin ihlal edilmiş olması gerekmez. Mesela, Mahkemece zorla çalıştırma sayılmayan ve esasen normal olan bir çalışma, bunu yapacak olanlar ayrımcı şekilde seçilmişlerse, anormal hâle gelebilir. Böyle bir durumda da 14. madde olaya uygulanabilir[180]. Bu bağlamda Mahkeme, kadınlar ile erkekler arasında olağan yurttaşlık yükümlülükleri bakımından ayrım yapılmasını, davalı devletin objektif ve makul gerekçeleri olmadıkça, m. 4/3(d) ile birlikte ele alınan m. 14'ün ihlali olarak görmüştür[181].

SONUÇ

Kölelik, kulluk, insan ticareti, zorla veya zorunlu olarak çalıştırma ve tüketici bir biçimde sayılamayacak kadar çeşitlilik gösteren benzer uygulamaların hepsini kapsayacak bir üst/çatı kavram bulunmadığı için, bunların bazı andlaşmalarda dahi tek tek sayılıp "ve benzer uygulamalar" ilavesiyle anıldığı görülmektedir. Ortak noktaları insanın ya da daha spesifik olarak insan emeğinin sömürülmesi olan bu uygulamaların birbirlerinden kesin şekilde ayrılması zor görünse de, unsurları ve bireyleri kısıtlama dereceleri bakımından bazıları arasında farklar olduğu da açıktır.

Uluslararası alanda ilkin köleliğin ve köle ticaretinin kaldırılmasını öngören düzenlemeler kabul edilmiştir. Bunları diğer uygulamalara yönelik veya onları da kapsayan düzenlemeler izlemiştir. Devletler arasında bu konudaki yasaklara ilişkin ortak anlayışı yansıtan düzenlemeler, çeşitli işbirliği ve güvence mekanizmaları da kurmuştur. Bütün bu gelişmelere rağmen, söz konusu uygulamaların insanlığın gündeminden çıktığı söylenemez. Son zamanlarda iç çatış-

[180] Bkz. *Case of Van der Mussele v. Belgium*, p. 43; *Case of Zarb Adami v. Malta*, p. 45.

[181] Bkz. *Case of Karlheinz Schmidt v. Germany*, p. 24-29; *Case of Zarb Adami v. Malta*, p. 80-83. Ayrıca bkz. **Schabas**, s. 217.

maların, ekonomik krizlerin ve sosyal adaletsizliğin artması, milyonlarca insanın ülkelerinden kaçmasına, ülkeleri içinde yerlerinden edilmesine, korunmasız veya çaresiz kalmasına yol açmaktadır. İnsanların bu gibi durumlarından yararlanmak isteyenlerin, yeni yöntemler geliştirerek hukukun nüfuz etmekte zorlandığı alanları genişlettiği de görülmektedir. Sorunların asıl sebepleri, uluslararası toplumun, insan haklarının korunması için -insan hakları mekanizmaları yanında- barış ve güvenliği, adaleti, sosyal ve ekonomik ilerlemeyi sağlayacak kurumları da doğru temeller üzerinde yapılandırması ve etkin bir şekilde hayata geçirmesi gerektiğini göstermektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin kölelik ve zorla çalıştırma yasağını düzenleyen 4. maddesi, insanın ve insan emeğinin sömürülmesinin önlenmesinde önemli bir işlev görmektedir. AİHM, gerek üstlendiği denetim rolünün etkisiyle gerek bireylerin haklarını ve taraf devletlerin yükümlülüklerini açıklayıp geliştirerek hukukun gelişmesine sağladığı katkıyla benzer mekanizmalar arasında öne çıkmaktadır. Mahkeme, bu işlevleri görürken dinamik bir yaklaşım izleyerek ilgili uluslararası hukuk düzenlemeleri ile taraf devletlerin ortak değer ve standartlarını da AİHS sistemine dâhil etmektedir. Dahası, 2005 yılından itibaren 4. maddenin ihlal edildiğini tespit eden bir dizi karar verilmesi sebebiyle metruk gibi görünen bu maddenin canlandığı değerlendirilmektedir. Diğer taraftan Mahkeme, yapılması istenen işlerin zorla veya zorunlu olarak çalıştırma yasağı kapsamına girip girmediğini denetlerken, işlerin uygun bir şekilde yürütülmesi ve demokratik toplumların ihtiyaçlarının karşılanması gerektiği hususuna da dikkat etmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 4. maddesinin insan onuru, özgürlük hakkı, kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirme hakkı, irade ve hareket özgürlüğü gibi temel değerleri -toplumun bir üyesi olmanın ve çalışma hayatının yüklediği sorumlulukları göz ardı etmeden- korumaya yönelik olduğu açıktır. AİHM'nin genel olarak maddenin amaçları çerçevesinde hareket ettiği; ancak tutulu bulunanların çalışmaları karşılığında sosyal güvenlik ve yaşlılık aylığı sistemine katılma hakları gibi bazı konuların geliştirilmeyi beklediği de belirtilmelidir.

KAYNAKÇA

Kitaplar - Makaleler

Akandji-Kombe, Jean-François (2007) Positive Obligations under the European Conventionon Human Rights: A Guide to the Implementation of the European Convention on Human Rights, Council of Europe.

Allain, Jean (2009) "The Definition of Slavery in International Law", Howard Law Journal, C: 52, s. 239-275.

Allain, Jean (2010) "Rantsev v Cyprus and Russia: The European Court of Human Rights and Trafficking as Slavery", Human Rights Law Review, C: 10, s. 546-557.

Allain, Jean/Hickey, Robin (2012) "Property and the Definition of Slavery", International and Comparative Law Quarterly, C: 61, s. 915-938.

Atakan, Arda (2010) "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Takdir Yetkisi Doktrinine İlişkin Bir İnceleme", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 16, s. 29-36.

Aybay, Rona/Oral, Elif (2016) Kamusal Uluslararası Hukuk, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

Bal, Ali (2006) "Devletin Uluslararası Sorumluluğunun Doğması" (Yüksek Lisans Tezi) Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Clark, Ian (2007) International Legitimacy and World Society, Oxford University Press.

Cullen, Holly (2006) "*Siliadin v France*: Positive Obligations under Article 4 of the European Convention on Human Rights", Human Rights Law Review, C: 6, s. 585-592.

Çavuşoğlu, Naz (1992) "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni 'Yaşayan Belge' Yapan Yorum Teknikleri", İnsan Hakları Yıllığı, S: 14, s. 131-146.

Dijk, P. van/Hoof, G. J. H. Van (1998) Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 3. Baskı, Kluwer Law International.

Doğru, Osman (2008) "Devletin Sorumluluğu: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde Pozitif Yükümlülükler", Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu (11.05.2007), Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, s. 193-210.

Doğru, Osman/Nalbant, Atilla (2012) İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar, C: 1: İHAS 2, 3, 4, 5, 6 ve 7. Maddeler, Council of Europe/TC Yargıtay Başkanlığı.

Dorssemont, Filip/Lörcher, Klaus (2013) "Conclusions: The European Convention on Human Rights and the Employment Relation": Dorssemont, Filip/Lörcher, Klaus/Schömann, Isabelle (Ed.), The European Convention on Human Rights and the Employment Relation, Hart Publishing, s. 417-429.

Duymaz, Erkan (2013) "Modern Kölelik: Avrupa Konseyi Hukukunda Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasakları Üzerine Bir İnceleme", Legal Hukuk Dergisi, C: 11, S: 123, s. 67-104.

Füglistaler, Gabriel (2016) The Principle of Subsidiarity and the Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights' Post-2011 Jurisprudence, IDHEAP.

Gallagher, Anne T. (2010) The International Law of Human Trafficking, Cambridge University Press.

Garner, Bryan A. (Ed.) (2009) Black's Law Dictionary, 9. Baskı, West Publishing Co.

Gemalmaz, Mehmet Semih (2007) Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 6. Baskı, Legal.

Göçmen, İlke (2014) "Bir Temel Hak Olarak İnsan Ticareti Yasağı: Avrupa Özelinde Bir İnceleme", MHB, S: 1, s. 1-29.

Gözübüyük, Şeref/Gölcüklü, Feyyaz (2004) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 5. Baskı, Turhan.

Gündüz, Aslan (2003) Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler Örnek Kararlar, 5. Baskı, Beta.

Hansard, T. C. (Ed.) (1816) The Parliamentary Debates from the Year 1803 to the Present Time, C: 32 (from the first day of February to the sixth day of March, 1816), T. C. Hansard.

Harris, David/O'Boyle, Michael/Bates, Ed/Buckley, Carla (2009) Harris, O'Boyle and Warbrick's Law of the European Convention on Human Rights, 2. Baskı, Oxford University Press.

Jacobs, Francis G./White, Robin C. A. (1996) The European Convention on Human Rights, 2. Baskı, Clarendon Press.

Kapani, Münci (1993) Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Yetkin.

Karan, Ulaş (2007) "Sosyal Hakların Güçlendirilmesi Açısından Bir İmkan: 'Bütüncül Yaklaşım'", Amme İdaresi Dergisi, C: 40, s. 31-62.

Karan, Ulaş (2018) "Kölelik, Kulluk, Zorla Çalıştırma ve Zorunlu Çalışma Yasağı: Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Karşılaştırmalı Analiz", AÜHFD, C: 67, s. 415-462.

Kızılsümer, Deniz (2007) "İnsan Ticareti ile Mücadele: Uluslararası Belgeler ve Türkiye'nin Çabaları", AÜSBFD, C: 61, S: 1, s. 113-145.

Lachs, Manfred (1997) "Pacta Sunt Servanda": Bernhardt, R. (Ed.), EPIL, C: 3, Elsevier, s. 847-854.

Lesaffer, Randall (2015) "Vienna and the Abolition of the Slave Trade", <http://opil.ouplaw.com/page/vienna-slave-trade-abolition> s.e.t. 05.04.2019.

Mantouvalou, Virginia (2006) "Servitude and Forced Labour in the 21st Century: The Human Rights of Domestic Workers", Industrial Law Journal, C: 35, s. 395-414.

Mantouvalou, Virginia (2012) "Human Rights for Precarious Workers: The Legislative Precariousness of Domestic Labor", Comparative Labor Law&Policy Journal, C: 34, s. 133-165.

Mantouvalou, Virginia (2013) "The Prohibition of Slavery, Servitude and Forced and Compulsory Labour under Article 4 ECHR": Dorssemont, Filip/Lörcher, Klaus/Schömann, Isabelle (Ed.), The European Convention on Human Rights and the Employment Relation, Hart Publishing, s. 143-157.

Merrills, J. G./Robertson, A. H. (2001) Human Rights in Europe: A Study of the European Convention on Human Rights, 4. Baskı, Manchester University Press.

Mowbray, Alastair (2004) The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights, Hart Publishing.

Pazarcı, Hüseyin (2014) Uluslararası Hukuk Dersleri, 1. Kitap, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Turhan Kitabevi.

Scarpa, Silvia (2008) Trafficking in Human Beings: Modern Slavery, Oxford University Press.

Schabas, William A. (2015) The European Convention on Human Rights: A Commentary, Oxford University Press.

Soyer Güleç, Sesim (2012) "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Güney Kıbrıs ve Rusya'ya Karşı Verdiği 07.01.2010 Tarihli 'Rantseva' Kararından Çıkan Bazı Sonuçlar", İÜHFM, C: 70, S: 1, s. 123-152.

Stoyanova, Vladislava (2011) "Complementary Protection for Victims of Human Trafficking under the European Convention on Human Rights", Goettingen Journal of International Law, C: 3, s. 777-817.

Stoyanova, Vladislava (2012) "Dancing on the Borders of Article 4: Human Trafficking and the European Court of Human Rights in the Rantsev Case", Netherlands Quarterly of Human Rights, C: 30, s. 163-194.

Stoyanova, Vladislava (2014) "Article 4 of the ECHR and the Obligation of Criminalising Slavery, Servitude, Forced Labour and Human Trafficking", Cambridge Journal of International and Comparative Law, C: 3, s. 407-443.

Stoyanova, Vladislava (2017) "Irregular Migrants and the Prohibition of Slavery, Servitude, Forced Labour & Human Trafficking under Article 4 of the ECHR", EJIL: Talk!, <https://www.ejiltalk.org/irregular-migrants-and-the-prohibition-of-slavery-servitude-forced-labour-human-trafficking-under-article-4-of-the-echr/> s.e.t. 05.04.2019.

Sur, Melda (1995) İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları: Avrupa Konseyi Çerçevesinde Kabul Edilen Belgeler, DEÜ Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları.

Sur, Melda (2018) Uluslararası Hukukun Esasları, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Beta.

Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancakdar, Oğuz (2004) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2. Baskı, Seçkin.

Trebilcock, Anne M. (2000) "Slavery": Bernhardt, R. (Ed.), EPIL, C: 4, Elsevier, s. 422-426.

Weissbrodt, David/Anti-Slavery International (2002) Abolishing Slavery and Its Contemporary Forms, OHCHR-HR/PUB/02/4.

Zwaak, Leo (2006) "Freedom from Slavery, Servitude and Forced Labour (Article 4)": Dijk, Pieter van/Hoof, Fried van/Rijn Arjen van/Zwaak Leo (Ed.), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 4. Baskı, Intersentia, s. 443-453.

AİHM ve Komisyon Kararları

Case of A. v. Switzerland, Commission (Plenary), Decision of 09.05.1984.

Case of Bayatyan v. Armenia, ECHR (Grand Chamber), 07.07.2011.

Case of Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 30.06.2005.

Case of Bucha v. Slovakia, ECHR (Third Section), Decision as to the Admissibility of 20.09.2011.

Case of C.N. and V. v. France, ECHR (Fifth Section), Judgment of 11.10.2012 (final 11.01.2013).

Case of C.N. v. The United Kingdom, ECHR (Fourth Section), Judgment of 13.11.2012 (final 13.02.2013).

Case of Chitos v. Greece, ECHR (First Section), Judgment of 04.06.2015.

Case of Chowdury and Others v. Greece, ECHR (First Section), Judgment of 30.03.2017.

Case of De Wilde, Ooms and Versyp ("Vagrancy") v. Belgium, ECHR (Plenary), Judgment of 18.06.1971.

Case of Floroiu v. Romania, ECHR (Third Section), Decision of 12.03.2013.

Case of Four Companies v. Austria, Commission (Plenary), Decision of 27.09.1976.

Case of Graziani-Weiss v. Austria, ECHR (Second Section), Judgment of 18.10.2011 (final 18.01.2012).

Case of I. v. Norway, Commission (Plenary), Decision of 17.12.1963.

Case of Ireland v. the United Kingdom, ECHR (Plenary), Judgment of 18.01.1978.

Case of J. and Others v. Austria, ECHR (Fourth Section), Concurring Opinion of *Judge Pinto de Albuquerque*, Joined by *Judge Tsotsoria* of 17.01.2017 (final 17.04.2017).

Case of J. and Others v. Austria, ECHR (Fourth Section), Judgment of 17.01.2017 (final 17.04.2017).

Case of Jeronovičs v. Latvia, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 05.07.2016.

Case of Johansen v. Norway, Commission (Plenary), Decision of 14.10.1985.

Case of Karlheinz Schmidt v. Germany, ECHR (Chamber), Judgment of 18.07.1994.

Case of Konstantin Markin v. Russia, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 22.03.2012.

Case of Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections), ECHR (Chamber), Judgment of 23.03.1995.

Case of M. and Others v. Italy and Bulgaria, ECHR (Second Section), Judgment of 31.07.2012 (final 17.12.2012).

Case of Meier v. Switzerland, ECHR (Third Section), Judgment of 09.02.2016.

Case of Mihal v. Slovakia, ECHR (Third Section), Decision as to the Admissibility of 28.06.2011.

Case of Rantsev v. Cyprus and Russia, ECHR (First Section), Judgment of 07.01.2010 (final 10.05.2010).

Case of S. v. Germany, Commission (Plenary), Decision of 04.10.1984.

Case of S.M. v. Croatia, ECHR (First Section), Judgment of 19.07.2018.

Case of Siliadin v. France, ECHR (Second Section), Judgment of 26.07.2005 (final 26.10.2005).

Case of Steindel v. Germany, ECHR (Fifth Section), Decision as to the Admissibility of 14.09.2010.

Case of Stummer v. Austria, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 07.07.2011.

Case of Stummer v. Austria, ECHR (Grand Chamber), Partly Dissenting Opinion of *Judge Tulkens* of 07.07.2011.

Case of Talmon v. the Netherlands, Commission (Second Chamber), Decision of 26.02.1997.

Case of Tibet Menteş and Others v. Turkey, ECHR (Second Section), Judgment of 24.10.2017 (final 24.01.2018).

Case of Twenty-one Detained Persons v. Germany, Commission (Plenary), Decision of 06.04.1968.

Case of Van der Mussele v. Belgium, ECHR (Plenary), Judgment of 23.11.1983.

Case of Van Droogenbroeck v. Belgium, ECHR (Plenary), Judgment of 24.06.1982.

Case of W., X., Y. and Z. v. The United Kingdom, Commission (Plenary), Decision of 19.07.1968.

Case of X. and Y. v. Germany, Commission (Plenary), Decision of 11.12.1976.

Case of X. v. Germany, Commission (Plenary), Decision of 01.04.1974.

Case of X. v. Germany, Commission (Plenary), Decision of 13.12.1979.

Case of X. v. The Netherlands, Commission (Plenary), Decision of 03.05.1983.

Case of Zarb Adami v. Malta, ECHR (Fourth Section), Judgment of 20.06.2006 (final 20.09.2006).

Case of Zhelyazkov v. Bulgaria, ECHR (Fourth Section), Judgment of 09.10.2012.

Van Droogenbroeck contre Belgique, Rapport de la Commission, 09.07.1980.

Diğer Belgeler

"Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries", Yearbook of the ILC, 2001, C: 2, Bölüm 2.

"Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries", Yearbook of the ILC, 1966, C: 2.

Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, (Belçika *v.* İspanya), ICJ, Judgment of 05.02.1970.

Case of Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic, ICTY (Appeals Chamber), Judgement of 12.06.2002.

European Court of Human Rights/Press Unit, "Factsheet: Conscientious Objection", 10.2017.

European Court of Human Rights/Press Unit, "Factsheet: Slavery, Servitude and Forced Labour", 03.2017.

European Court of Human Rights/Public Relations Unit, "Overview: 1959-2016", 03.2017.

ILO/Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations to the 96th Session of the International Labour Conference, "Eradication of Forced Labour: General Survey concerning the Forced Labour Convention, 1930 (No. 29), and the Abolition of Forced Labour Convention, 1957 (No. 105)", 2007.

ILO/Report of the Director-General to the 98th Session of the International Labour Conference, "The Cost of Coercion: Global Report under the follow-up to the ILO Declarationon Fundamental Principles and Rights at Work", 2009, (ILO, The Cost of Coercion).

ILO/Special Action Programme to Combat Forced Labour, "ILO Indicators of Forced Labour", 29.10.2013.

İnternet Siteleri

http://hudoc.echr.coe.int/
http://www.echr.coe.int/
http://www.icj-cij.org/
https://assembly.coe.int/
https://ihl-databases.icrc.org/
https://rm.coe.int/
https://www.parliament.uk/

BİR ÖRNEK OLAY ÜZERİNDEN MAHKEME KARARLARINDA İSTİKRAR

Dr. Öğr. Üyesi Çınar Can EVREN[*]

ÖZET

Hukuk devleti ilkesi, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan cumhuriyetin niteliklerinden birisidir. Hukuk devleti ilkesi bir ideali ifade etmekte olup bu ilkenin hayata geçirilebilmesi, diğer gereklerin yanında hukuki güvenliğin sağlanmasını da gerektirir.

Devletin üç temel erki olan yasama, yürütme ve yargıya, bunların görevleriyle ilgili farklı farklı yükümlülükler getiren hukuki güvenlik ilkesi, "hukuki belirlilik", "hukuki istikrar" ve "hukuki öngörülebilirlik" alt ilkelerinden oluşur.

Hukukun yardımcı kaynaklarından olmakla birlikte özellikle idare hukukunun içtihadi bir hukuk dalı olması özelliği karşısında, yine bu hukuk dalında önemli bir yer tutan mahkeme kararlarında makul bir istikrar bulunması hukuki güvenlik ilkesinin bir gereğidir.

Farklı yargı düzenlerinde yer alan mahkemelerin, aynı yargı düzeni içinde yer alan farklı mahkemelerin ve aynı mahkemenin kararları arasında benzer konularda verilecek kararlar arasında makul bir istikrar bulunması gerekir. Yargısal düzeyde veya mahkeme düzeyinde bu istikrarın sağlanamaması, Anayasa Mahkemesi'nin pek çok bireysel başvuru kararında da ifade ettiği üzere, hakkın yerine getirilmesini engelleyeceği gibi hukuki güvenlik ilkesine ve adil yargılanma hakkının ihlaline neden olabilir.

Bu makalede istikrar ilkesi, Danıştay'ın aynı dairesinin aynı gün ve aynı olaya ilişkin verdiği iki farklı kararı göz önünde bulundurularak incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Yargı Kararlarında İstikrar, Hukuki Güvenlik İlkesi, Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesi, Danıştay.

[*] Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, ccevren@hotmail.com, ORCID ID : 0000-0003-3685-5046,
(Geliş Tarihi: 07.05.2019 – Kabul Tarihi: 21.06.20196)

CONSISTENCY OF COURT DECISIONS THROUGH A CASE STUDY

ABSTRACT

The principle of the rule of law is one of the main components of the republic, which is included in Article 2 of the Constitution. The principle of the rule of law refers to an ideal, and the realization of this principle requires the provision of legal security as well as other requirements.

The principle of legal security which imposes different obligations on three main bodies of the state, consists of three sub-principles including legal certainty, legal consistency and legal predictability.

Being one of the auxiliary sources of law, especially in the field of administrative law, reasonable stability in the case law must be accomplished as a requirement of the principle of legal security.

There should be a reasonable level of consistency among the decisions of courts in different jurisdictions, the decisions of different courts in the same jurisdiction and the decisions of the very same court on similar cases. The failure to achieve such consistency at the judicial or court level, as stated by the Constitutional Court in its decisions regarding many individual applications, may prevent the fulfillment of rights and may lead to a breach of the principle of legal certainty and the right to a fair trial.

In this article consistency principle will be examined by considering The Council of State's two different judicial decisions which were given by the same chamber, on the same date and about the same subject.

Key words: Consistency in Court Decisions, Principle of Legal Certainty, The Right to A Fair Trial, Constitutional Court, Council of State.

GİRİŞ

Bu makalenin amacı, mahkeme kararlarında "makul bir istikrar" bulunması gereğine vurgu yapmaktır. Konu, hak arama hürriyeti, adil yargılanma hakkı ve hukuki güvenlik ilkesi ile bağlantılı olarak anlatılacak ve bu arada Danıştay 10. Dairesi'nin iki kararına ayrıca değinilecektir.

İlk derece mahkemeleri ve yüksek mahkemelerin pek çok çelişkili, hakkın yerine getirilmesine engel olabilecek kararı olmakla birlikte özellikle bu iki kararın seçilmesinin nedeni, tespit edebildiğimiz kadarıyla, yayımlanmamış olması ve daha da önemlisi mahkeme kararlarında istikrarsızlık haline güzel bir örnek teşkil etmesidir. Şöyle ki aynı konuda aynı idare tarafından tesis edilmiş ve işlemin muhatapları aynı olan iki işlemden biri Danıştay 10. Dairesi tarafından hukuka aykırı bulunurken ikinci işlem aynı Dairenin aynı tetkik hâkiminin hazırladığı rapor üzerine aynı heyet tarafından ve aynı tarihte dava reddedilmek suretiyle hukuka uygun bulunmuştur.

I. ÖRNEK OLAY VE MAHKEME KARARLARI

Gazi Üniversitesine (Üniversite) tahsisli ancak devredilmediği için fiilen Üniversite tarafından kullanılamayan taşınmaza ilişkin olarak (işlem tarihinde) Maliye Bakanlığınca 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 13. maddesine uyarınca Üniversite adına olan tahsisin kaldırılması ve söz konusu taşınmazın Milli Eğitim Bakanlığı (Bakanlık) adına tahsisine karar verilmiştir (03.11.2004 tarih ve 38263 sayılı **ilk tahsis işlemi**).

İlk tahsis işleminin gerekçesi; taşınmazın halen Bakanlıkça kullanıldığı, taşınmazın hizmete uygun onarım yapılması nedeniyle derslik, laboratuvar ve yurt binası özelliklerini kaybettiği ve Bakanlığın bu taşınmaza ihtiyacı bulunduğudur.

İlk tahsis işlemine karşı Üniversitenin açtığı iptal davası Ankara 6. İdare Mahkemesince şu gerekçelerle reddedilmiştir: *"1990 yılında Gazi Üniversitesine tahsis edilmekle birlikte bu taşınmazın 1962 yılından itibaren fiilen Milli Eğitim Bakanlığınca kullanılması ve hizmete uygun onarım ve tadilat yapılması dolayısıyla Gazi Üniversitesince tahsis amacına uygun olarak kullanılmaması nedeniyle davalı idarece …. tanınan yetki çerçevesinde kamu yararı ve hizmet gerek-*

leri gözetilmek suretiyle taşınmazın tahsisinin değiştirilerek Milli Eğitim Bakanlığına tahsisinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır." (17.01.2008 tarih, E. 2004/3372, K. 2008/46 sayılı karar)

Ankara 6. İdare Mahkemesi'nin 17.01.2008 tarihli kararının temyizi üzerine Danıştay 10. Dairesi, "*… Maliye Bakanlığının, tahsis işlemini yaparken ihtiyaç değerlendirmesi yaptığı ve bunun sonucuna göre tahsis işlemini gerçekleştirdiği kuşkusuzdur. Söz konusu değerlendirmenin tahsisin kaldırılması ve veya taşınmazın başka bir idareye tahsisinin söz konusu olduğu durumlarda da yapılacağı tabidir. Dolayısıyla bir kamu kuruluşuna yapılan tahsis amacının ortadan kalktığı veya bu amacın gerçekleştirilmesinin olanaksız hale geldiği saptanmadığı sürece tahsisin kaldırılamayacağı açıktır. … İnceleme konusu olayda davacı Gazi Üniversitesi Rektörlüğünün, 1990 yılında, yüksek öğretmen okulu olarak kendisine tahsis edilen taşınmazı fiilen kullanmadığı ve/veya kullanamadığı sabittir. Ancak 1990 yılında mahallinde düzenlenen 1.2.1990 tarihli tutanak ile fiili durumu tespit edilen taşınmazın, tahsis amacı da belirtilmek suretiyle Gazi Üniversitesi Rektörlüğü adına mevzuata uygun bir şekilde tahsis edildiği ve bu tarih itibariyle ortada hukuki geçerliliği tartışmasız bir tahsis işleminin var olduğu şüphesizdir. …* ***Bakılan uyuşmazlıkta, Davacı Üniversiteye tahsisi yapılan taşınmazın konumu itibariyle Üniversitenin merkez kampüsü ile diğer fakültelerinin yoğun olarak bulunduğu alanda yer aldığı, eğitim hizmetlerinin birlikte yürütülmesi isteğinden hareketle söz konusu taşınmaza anılan Üniversitenin ihtiyacının bulunduğu ve bu bağlamda Üniversiteye yapılan tahsis amacının ortadan kalkmadığı ve bu amaca yönelik hizmetin gerçekleştirilmesinin ise olanaklı olduğu açıkça görülmektedir.*** *Bu itibarla, söz konusu taşınmazın Gazi Üniversitesi Rektörlüğüme yapılan tahsis amacının varlığını koruması karşısında; tahsis işlemi yapmaya ve kaldırmaya yetkili Maliye Bakanlığının davacı Üniversiteye tahsis işlemi yapıldıktan sonra her iki kamu idaresinin de ihtiyaçlarında ne gibi bir değişiklik olduğunu değerlendirmesi ve … bu taşınmaza hangi idarenin daha fazla ihtiyacı bulunduğunu somut verilerle ortaya koyarak devir konusunda bir karar vermesi gerekmektedir."* gerekçesiyle kararı bozmuştur. (23.05.2012 tarih, E: 2008/11811, K. 2012/2444 sayılı karar)

Bu karara karşı yapılan karar düzeltme başvurusu da reddedilmiştir (27.02.2014 tarih, E. 2012/6293, K. 2014/1228 sayılı karar) Danıştay 10. Dairesi karar düzeltme isteminin reddine karar verirken, karar düzeltme gerekçelerinin gerçekleşmediğini ifade etmekle yetinmiştir.

Danıştay 10. Dairesi'nin 23.05.2012 tarihli bozma kararı sonrası Ankara 6. İdare Mahkemesi bozma kararı doğrultusunda şu şekilde hüküm kurmuştur: *"… Maliye Bakanlığının, tahsis işlemini yaparken ihtiyaç değerlendirmesi yaptığı ve bunun sonucuna göre tahsis işlemini gerçekleştirdiği kuşkusuzdur. Söz konusu değerlendirmenin tahsisin kaldırılması ve/veya taşınmazın başka bir idareye tahsisinin söz konusu olduğu durumlarda da yapılacağı tabidir. Dolayısıyla bir kamu kuruluşuna yapılan tahsis amacının ortadan kalktığı veya bu amacın gerçekleştirilmesinin olanaksız hale geldiği saptanmadığı sürece tahsisin kaldırılamayacağı açıktır. Zira, tahsis amacının varlığını sürdürdüğü ve bu amaca yönelik hizmetlerin gerçekleştirilmesinin olanaklı olduğu durumlarda tahsisin kaldırılması, …kamu hizmeti gereklerine aykırı düşecektir. … İnceleme konusu olayda davacı Gazi Üniversitesi Rektörlüğünün, 1990 yılında, yüksek öğretmen okulu olarak kendisine tahsis edilen taşınmazı fiilen kullanmadığı ve/veya kullanamadığı sabittir. Ancak 1990 yılında mahallinde düzenlenen 1.2.1990 tarihli tutanak ile fiili durumu tespit edilen taşınmazın, tahsis amacı da belirtilmek suretiyle Gazi Üniversitesi Rektörlüğü adına mevzuata uygun bir şekilde tahsis edildiği ve bu tarih itibariyle ortada hukuki geçerliliği tartışmasız bir tahsis işleminin var olduğu şüphesizdir.* ***Bakılan uyuşmazlıkta, Davacı Üniversiteye tahsisi yapılan taşınmazın konumu itibariyle Üniversitenin merkez kampüsü ile diğer fakültelerinin yoğun olarak bulunduğu alanda yer aldığı, eğitim hizmetlerinin birlikte yürütülmesi isteğinden hareketle söz konusu taşınmaza anılan Üniversitenin ihtiyacının bulunduğu ve bu bağlamda Üniversiteye yapılan tahsis amacının ortadan kalkmadığı ve bu amaca yönelik hizmetin gerçekleştirilmesinin ise olanaklı olduğu açıkça görülmektedir. Bu itibarla, söz konusu taşınmazın Gazi Üniversitesi Rektörlüğüne yapılan tahsis amacının varlığını koruması karşısında; tahsis işlemi yapmaya ve kaldırmaya yetkili Maliye Bakanlığının davacı Üniversiteye tahsislerini yapıldıktan sonra her iki kamu idaresinin de ihtiyaçlarında ne gibi bir değişiklik olduğunu değerlendirmesi ve … bu taşınmaza hangi idarenin daha fazla ihtiyacı bulunduğunu somut verilerle ortaya koyarak devir konusunda bir karar vermesi gerekmektedir.*** *Buna göre davalı idarenin anılan hususları dikkate almadan tesis ettiği dava konusu işlemde* ***hukuka uyarlık bulunmamaktadır****."* (11.09.2014 tarih, E. 2014/716, K. 2014/928 sayılı karar)

Ankara 6. İdare Mahkemesi'nin 11.09.2014 tarihli kararı Danıştay 10. Dairesi'nin 12.02.2016 tarih, E. 2015/305, K. 2016/736 sayılı kararı ile onanmış ve bu karara karşı yapılan karar düzeltme başvurusu da yine aynı Daire tarafından **10.10.2017** tarih, E. 2016/3782, K. 2017/4037 sayılı karar ile reddedilmiştir (**ilk karar**). Danıştay 10. Dairesi temyiz ve karar düzeltme kararlarında temyiz ve karar düzeltme şartlarının sağlanmadığını ifade etmekle yetinmiştir.

İlk tahsis işlemine karşı açılan davada yargılama devam ederken Maliye Bakanlığı 29.05.2015 tarihinde 13569 sayılı yeni bir karar almıştır (**ikinci tahsis işlemi**). İkinci tahsis işlemiyle de yine, taşınmazın Üniversiteye olan tahsisi kaldırılmış ve Bakanlık adına tahsis yapılmıştır. İkinci tahsis işleminin gerekçesi ise şöyledir: *"Milli Eğitim Bakanlığından alınan 05/5/2015 tarihli ve 4684338 sayılı yazıda; 29/9/2003 tarihli ve 8407 sayılı yazılarında sözü edilen hususlar yenilenerek, Bakanlıklarının birçok hizmet biriminin bulunduğu ve 1000'e yakın kişinin istihdam edildiği anılan taşınmazın Bakanlıkları hizmetlerinde kullanılmak üzere yeniden tahsisi talep edilmiştir.* ***Bunun üzerine Ankara Valiliğine gönderilen 13/5/2015 tarihli ve 12069 sayılı yazımızda; konu ile ilgili Bakanlığımızca yapılacak işleme esas olmak üzere, anılan taşınmazın ne kadarlık kısmının hangi idare tarafından ve hangi amaçlarla, hangi tarihten beri kullanıldığının adları ile birlikte renkli olarak kroki üzerinde işaretlenerek Bakanlığımıza gönderilmesi istenilmiş olup, cevaben alınan 26/5/2015 tarihli ve 38512 sayılı yazı eki liste ve krokide; söz konusu taşınmazın tamamının Milli Eğitim Bakanlığı tarafından kullanıldığı belirtilmiştir.*** *Yukarıda detayları ile açıklanan konu hakkında; Danıştay 10. Dairesinin 23/5/2012 tarihli E: 2008/111811, K. 2012/2444 sayılı ilamında yer alan "söz konusu taşınmazın Gazi Üniversitesi Rektörlüğüne yapılan tahsis amacının varlığını koruması karşısında; tahsis işlemi yapmaya ve kaldırmaya yetkili Maliye Bakanlığının davacı Üniversiteye tahsis işlemi yapıldıktan sonra her iki kamu idaresinin de ihtiyaçlarında ne gibi bir değişiklik olduğunu değerlendirmesi ve yukarıda belirtilen hususları da dikkate almak suretiyle, bu taşınmaza hangi idarenin daha fazla ihtiyacı bulunduğunu somut verilerle ortaya koyarak devir konusunda bir karar vermesi gerekmektedir." hususu ile … Yüksek Öğretmen Okulu olarak kullanılmak üzere Gazi Üniversitesi Rektörlüğüne tahsis işleminin yapılmasına rağmen, bu tarihten önce 1978 yılımda Yüksek Öğretmen Okulu kapandığında yer tesliminin yapılmaması, Anılan taşınmazın evveliyat (1962 yılı) itibariyle Milli Eğitim Bakanlığına tahsisli iken görüş alınmadan hatalı olarak düzenlenen 01/02/1990 ta-*

rihli tutanak esas alınarak, adı geçen ***Üniversiteye tahsisinin yapılması, taşınmazın bugüne kadar aralıksız olarak Milli Eğitim Bakanlığınca Bakanlık hizmetlerinde kullanılması ve Gazi Üniversitesinin herhangi bir kullanımının bulunmaması hususları birlikte değerlendirildiğinde*** *…. Gazi Üniversitesi Rektörlüğü adına olan tahsisinin kaldırılarak, Bakanlık hizmetlerinde kullanılmak üzere, Milli Eğitim bakanlığına tahsis edilmesi uygun görülmüştür."*

Maliye Bakanlığı'nın 29.05.2015 tarihli ikinci tahsis işlemine karşı da dava açılmıştır. Ankara 8. İdare Mahkemesi; *"… Maliye Bakanlığının, tahsis işlemini yaparken ihtiyaç değerlendirmesi yaptığı ve bunun sonucuna göre tahsis işlemini gerçekleştirdiği kuşkusuzdur. Söz konusu değerlendirmenin tahsisin kaldırılması ve veya taşınmazın başka bir idareye tahsisinin söz konusu olduğu durumlarda da yapılacağı tabidir. Dolayısıyla bir kamu kuruluşuna yapılan tahsis amacının ortadan kalktığı veya bu amacın gerçekleştirilmesinin olanaksız hale geldiği saptanmadığı sürece tahsisin kaldırılamayacağı açıktır. Zira, tahsis amacının varlığını sürdürdüğü ve bu amaca yönelik hizmetlerin gerçekleştirilmesinin olanaklı olduğu durumlarda tahsisin kaldırılması, …kamu hizmeti gereklerine aykırı düşecektir. … Dava konusu uyuşmazlıkta, dosyada yer alan bilgi ve belgeler ile mevzuatın birlikte değerlendirilmesinden,* ***dava konusu taşınmazın 1962 yılından bu yana halen Milli Eğitim Bakanlığı uhdesinde olduğu, Gazi Üniversitesi Rektörlüğünün, 1990 yılında, yüksek öğretmen okulu olarak kullanılmak üzere kendisine tahsis edilen taşınmazı fiilen kullanmadığı, söz konusu taşınmaza Milli Eğitim Bakanlığının ihtiyacının bulunduğu, bu hususun yapılan tespitle de sabit olduğu, bu bağlamda Üniversiteye yapılan tahsis amacının ortadan kalktığı kanaatine varılmakla****, … dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir."* gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. (11.07.2016 tarih, E. 2015/1807, K. 2016/2158 sayılı karar)

Ankara 8. İdare Mahkemesi'nin 11.07.2016 tarihli kararı temyiz edilmiş; Danıştay 10. Dairesi **10.10.2017** tarih, E. 2017/1172, K. 2017/4038 sayılı kararı ile temyiz istemini reddetmiştir[2] (**ikinci karar**). Danıştay 10. Dairesi temyiz istemini reddettiği kararında *"temyizen incelenene karar usul ve hukuka uygun olup, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden temyiz isteminin reddine"* şeklinde bir gerekçe kullanmıştır

[2] Bu karara karşı da karar düzeltme başvurusu yapılmış olup makale hazırlanırken henüz bir karar gelmemiştir.

II. MAHKEME KARARLARININ HUKUKİ İŞLEVİ

Mahkeme kararı, *"yargı organının, önüne gelen bir uyuşmazlığı kesin olarak çözmek amacıyla, uyuşmazlığa ilişkin kişiler ve olaylar ile somut hukuki durumlara ilişkin araştırma, gözlem ve hukukun ne dediğini belirlemek faaliyetinin sonucu olarak, hâkimin vicdani kanaati ile vardığı sonucu, yazılı hüküm olarak tespit ettiği kararlar"* şeklinde tanımlanmaktadır[3].

Mahkeme kararları, bir konuda hukuki çözüm bulunmasında yol gösterici, aydınlatıcı nitelikte[4] olup hukukun yardımcı kaynaklarındandır. Mahkeme kararlarının yardımcı kaynak olması nedeniyle bir mahkemenin kararı, o kararı veren mahkemeyi, diğer mahkemeleri ve kararın muhatabı olmayan diğer idareleri, kural olarak, bağlamaz[5]. Kararın muhatabı olan idare Anayasa ve İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümleri uyarınca yargı kararına uymakla yükümlü olmakla birlikte, pozitif hukuk açısından kararı veren mahkemenin benzer bir olayda aynı yönde bir karar verme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Nitekim Anayasa'nın 138. maddesine göre *"Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez."*[6]. Danıştay'a[7] göre de *"…yüksek mahkemelerin içtihatları birleştirme kararları yargı organlarını bağladığı gibi, idareyi de bağlayan kararlardır. İdare, benzeri olaylarda bu kararlar yönünde işlem tesisine zorunlu bulunmaktadır. Bunun dışındaki* ***kesin yargı kararları ise, yalnızca tarafları bağlayan kararlardır****."*

Mahkeme kararlarının hukukun yarımcı kaynağı olduğu, mevzuatta da açıkça düzenlenmiştir. 4721 s. Türk Medeni Kanunu madde 1/3'e göre *"Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır."*

---

3 **Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil** (2019) Türk İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, s. 49.

4 **Giritli, İsmet/Bilgen, Pertev/Akgüner, Tayfun/Berk, Kahraman** (2013) İdare Hukuku, İstanbul, Der Yayınları, s. 182.

5 **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s. 49; **Gözübüyük, Şeref/Tan, Turgut** (2013) İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar, 9. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 135.

6 İçtihatları birleştirme kararları ve Anayasa Mahkemesi kararları (m. 153/son) bu genel kuralın istisnalarıdır.

7 D1D, E. 1996/172, K. 1996/190, KT. 30.09.1996, DD, 1997, s. 92, s. 83, aktaran, **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s. 50.

Mahkeme kararları her ne kadar hukukun yardımcı kaynaklarından olsa da uygulamada son derece önemli bir yere sahiptir. Mahkemeler karar verirken önceki kararlardan yararlandıkları gibi, taraflar da iddialarını ve savunmalarını hazırlarken benzer konulardaki mahkeme kararlarını dilekçelerine eklemektedirler[8]. Doktrinde de *"idare hukukunda yargısal içtihatların çoğu kez Anayasadan hemen sonra gel"*diğini ifade edenler bulunmaktadır[9].

III. MAHKEMELERİN BENZER OLAYLARDA FARKLI KARARLAR VERMESİNİN (İÇTİHAT İSTİKRARSIZLIĞININ) MUHTEMEL GEREKÇELERİ

Dava sayısı karşısında içtihat takibinin zorluğu; aynı konuda görevli birden fazla daire ve daire içinde heyet bulunması ve bunlar arasında koordinasyonu sağlayacak mekanizmaların bulunmaması; mahkemelerinin görevlerinin, hâkimlerin ve heyet üyelerinin sık sık değişmesi, benzer olaylarda farklı kararlar verilmesinin sebeplerindendir. Bunların yanında iş yoğunluğu karşısında mahkemelerin detaylı bir biçimde eski kararlarını araştıramaması; mevzuatın[10] yeni

---

8 *"Hukuk Fakültesini yeni bitirmiş çiçeği burnunda bir hukukçu, fakültede aldığı klasik hukuk eğitiminin etkisiyle, hukukun yaz ılı kaynaklarının Anayasa, Uluslararası sözleşmeler, kanun, tüzük ve yönetmelikler olduğu ve bu kaynaklar arasında hiyerarşik bir ilişki olduğu, düşüncesindedir. 0, Içtihadı Birleştirme Kararlarının da kanun gereği bağlayıcı olması nedeniyle, hukukun asli kaynaklarından sayılabileceğini, ancak genel olarak, yargısal içtihatların hukukun asil kaynaklarından sayılmadığını öğrenmiştir. Bu genç hukukçu, uygulamaya atıldığında, klasik hukuk öğretisinin normlar hiyerarşisi teorisinin, realitede, tam tersi bir yapılanma gösterdiğini; tatbikatta, yargısal içtihatların normlar hiyerarşisinin tepesine gelip oturduğunu, hatta bir davanın kaderini konuyla ilgili yasa maddesinden daha fazla etkilediğini, hayretle müşahede eder."* **Kayhan, Fahrettin** (1999) *"Özel Hukuk Uygulamasında Yargı İçtihatlarının ve İçtihadı Birleştirme Kararlarının Normatif Gücü"*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 2, s. 341.

9 **Günday, Metin** (2013) İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara, s. 33.

10 *"…hukukta nesnelliğin sağlanabilmesi açısından hukuk kurallarının belli ölçüde soyut kavramlar içermesi kaçınılmazdır. Nesnel hukuk kurallarının maddi alemde gerçekleşen olaylarla birebir örtüşmesi ve bunlara uygulanması ise her zaman mümkün olamayabilmektedir. Öte yandan hukuk kurallarının kapsamının tespitinde kural koyucu ne kadar titiz davranırsa davransın kuralın yürürlüğe girmesinden ve uygulanmaya başlamasından sonra önceden öngörülemeyen bazı yeni durumların ortaya çıkması da mümkündür. Bu gibi hallerde kuralın yetkili otoritelerce ve özellikle yargı organlarınca yorumlanması zorunlu hale gelmektedir. Kuralı yo-*

olması, sık değişmesi veya muğlaklığı nedeniyle farklı yorumlara açık olması; mahkemelerin aynı mahiyetteki davalarda uyuşmazlığın çözümü için gerekli olan bir yasa hükmünü uygularken, bir hukuki müesseseyi değerlendirirken ya da uyuşmazlığın çözümünde takip edilecek usulü belirlerken birbirinden farklı ilke ve yorumlar benimsemesi[11] ve davanın taraflarının önceki kararları konusunda mahkemeleri uyarmaması da içtihat farklılıklarına yol açan sebeplerdendir.

Yargılama faaliyeti soyut normun anlamını araştırmak, yorumlamak ve bunu yaparken de ***somut olayın özelliklerini göz önünde bulundurma***yı gerektirir. Özellikle idare hukuku açısından mahkemenin benzer konularda farklı kararlar vermesinin belki de en önemli sebebi budur.

Benzer konularda farklı kararlar verilebilmesinin Anayasa'da da zımnen kabul edildiği söylenebilir. Anayasa madde 138/1'de hâkimlerin *"Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak **vicdanı kanaatlerine göre** hüküm ver*(ecekleri)*"* belirtilmiştir. Her somut olayda adaletin, hâkimin veya mahkeme heyetinin vicdani kanaatine göre, önceki olaydakiyle benzer özellik gösterse bile farklı tezahür etmesi mümkündür. Ancak bu durumda yine anayasal bir kural olan gerekçe ilkesinin doğru bir biçimde işletilmesi gerekir[12].

IV. MAHKEME KARARLARINDA İSTİKRAR SAĞLANMASI

Mahkeme kararlarında istikrarın sağlanması gerekliliği anlatılırken öncelikle, mahkeme kararlarında bulunması gereken istikrarın düzeyi (makul istikrar); istikrarın sağlanmasının yararları ve sağlanamamasının doğuracağı sakıncalar ve hangi hallerde mahkemenin benzer olaylarda farklı kararlar verebileceği üzerinde durulmalıdır.

---

rumlayan otoritelerin birden fazla olması, bazı hallerde kuralın birden fazla yorumunu önlenemez kılmaktadır." **AyM İkinci Bölüm**: Mehmet Arif Madenci Başvurusu/Başvuru No. 2014/13916, par. 84.

[11] **AyM İkinci Bölüm**: Engin Selek Başvurusu/Başvuru No. 2015/19816, par. 54.

[12] Anayasa m. 141/3: *"Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır."* Bu kural özellikle mahkemenin benzer konularda farklı karar vereceği veya istikrar kazanmış bir içtihadını değiştireceği hallerde daha da önem kazanır.

A. MAKUL İSTİKRAR

Mahkeme kararlarında istikrar, *"mahkemelerin önceki kararlarında vermiş olduğu hükümlerle tutarlı kararlar vermesi"* olarak tarif edilebilir[13]. Ancak istikrarın mahkemenin önceden vermiş olduğu bir karardaki hükümle tamamıyla aynı olması gerekmeyip, *"makul"* bir istikrar yeterlidir[14]. Anayasa Mahkemesi'ne[15] göre *"Yargısal kararlardaki değişiklikler, hukukun dinamizmini ve mahkemelerin yaklaşımlarını yaşanan gelişmelere uyarlama kabiliyetlerini yansıtması yönüyle olumludur."* Diğer bir deyişle mahkeme kararlarının değişmezliği söz konusu değildir.

Makul istikrar çeşitli nedenlere bağlı olarak farklı kararlar verilebilmesini mümkün kılar. Örneğin sosyal şartlar ve ilişkilerdeki değişiklikler her zaman için eski uygulamaları izlemeye imkân vermez[16]. Anayasa Mahkemesi'ne göre hukuki güvenlik ve belirlilik kavramı, mahkeme kararlarında makul bir istikrarın sağlanması hususu ile doğrudan ilgilidir. Yargı makamlarının benzer davalarda daha önceki kararlarıyla kabul edilebilir 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[17].

B. İSTİKRAR SAĞLAMANIN YARARLARI VE SAĞLANAMAMASININ SAKINCALARI

Mahkeme kararlarında istikrar sağlanması; eşitlik, adalet ve hukuki güvenlik ilkelerinin gereğidir.

---

[13] Mahkeme kararlarında veya mahkeme düzeyinde istikrar yargı düzeyinde istikrardan farklı olup ikincisi *"mahkemelerin kararlarının üst denetim mercilerinin kararlarıyla ve diğer mahkemelerin kararlarıyla tutarlı olmasıdır."* **Köküsarı, İsmail** (2015) Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 116 ve 117.

[14] Makul istikrar, mahkemelerin; önceki kararlarından tamamıyla bağımsız ve keyfi bir şekilde karar vermemesi ve önceki kararlarıyla tamamıyla aynı kararı vermek zorunda da olmaması şeklinde anlaşılmaktadır. **Köküsarı**, s. 116.

[15] **AyM İkinci Bölüm**: Ercan Din Başvurusu/Başvuru No. 2014/94, par. 59.

[16] **Güriz, Adnan** (2003) Hukuk Başlangıcı, 9. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, s. 65.

[17] **AyM İkinci Bölüm**: Ahmet Acar Başvurusu/Başvuru No. 2014/19936, par. 58. Ayrıca bkz. **AyM İkinci Bölüm**: Faruk Büyük Başvurusu/Başvuru No. 2015/17044, par. 40; **AyM İkinci Bölüm**: Burak Bulut ve Diğerleri Başvurusu/Başvuru No. 2015/17344, par. 47.

Mahkeme kararlarında istikrar olması çeşitli yararlar sağlar. Bu cümleden olmak üzere; içtihatların yerleşik ve herkesçe bilinir olması (idari veya yargısal) yapılacak başvuruların azalmasına imkân verir. Yargıya güven korunur ve artar[18]. Birbirine zıt kararlar verilmemesi sayesinde adalet ve hakkaniyet sağlanır[19]. Kanun yolları başvurularının azaltılmasına yardımcı olur.

Önceki kararlardan yararlanma[20] mahkemenin önündeki uyuşmazlık için vereceği kararda zaman ve emekten tasarruf etmesini, kararın sorumluluğunu tek başına üstlenmekten kurtulmasını ve mahkeme kararlarında birlik ve uyumu sağlar[21].

Benzer davaların benzer şekilde çözümlenmesi hukuk hayatında eşitlik, kesinlik, tarafsızlık ve hukuki belirlilik ilkelerinin de gerçekleştirilmesinde yardımcı olur[22]. Kararlar arasında istikrar sağlanması özellikle içtihat mahkemesi konumunda olan yüksek mahkemeler için önemlidir[23]. Anayasa Mahkemesi'ne[24] göre *"farklı uygulamaların yüksek mahkemeler nezdinde gelişmesi durumunda, toplumun yargıya güvenini azaltacak nitelikte bir hukuki belirsizliğin oluşmasına izin verilmemelidir. Böyle bir durumda, adli makamların -özen yükümlülükleri gereği- farklı uygulamaları ortadan kaldırmaya yönelik usule ilişkin güvenceleri devreye sokmaları beklenir. İlgili adli makamlar, adil yargılanma hakkının da içeriğine dahil olan hukuki güvenlik ilkesini ihlal ederek hukuki belirsizliğin bizatihi kaynağı olmamalıdır."*

---

18 *"Yargı mercilerinin … kamuoyu nezdinde yargıya olan güveni muhafaza etme bakımından kararlarında belli bir istikrar sağlaması beklenir."* **AyM Genel Kurul**: Hakan Altıncan Başvurusu/Başvuru No. 2016/13021, par. 48.

19 **Duran, Lütfi** *"Yüksek Mahkemeler Arasında İçtihat Uyuşmazlığı"*, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cezaevi Matbaası, İstanbul 1967, http://dergipark.gov.tr/download/article-file/ 14133, s. 9.

20 Mahkeme kararları bir kanun hükmünün (soyut) somut olaya nasıl uygulandığını göstermesi açısından önemli olup bir kanun hükmünün nasıl anlaşıldığı, nasıl uygulandığı konusunda bir mahkeme daha önce verilmiş kararları incelemelidir. Bu noktada özellikle içtihat mahkemesi niteliğindeki yüksek mahkemelerin kararları önemlidir. **Bilge, Necip** (2010) Hukuk Başlangıcı, 28. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 101.

21 **Güriz**, s. 65.

22 **Güriz**, s. 67.

23 *"Yüksek mahkemelerin oynaması gereken rol tam da yargı kararlarında doğabilecek içtihat farklılıklarına bir çözüm getirmektir."* **AyM İkinci Bölüm**: Selvi Ağgül ve Diğerleri Başvurusu/Başvuru No. 2013/6201, par. 61. Ayrıca bkz. **AyM Birinci Bölüm**: Semra Bekiroğlu ve Diğerler Başvurusu/Başvuru No. 2013/6717, par. 61; **AyM Genel Kurul:** Türkan Bal Başvurusu/Başvuru No. 2013/6932, par. 56.

24 **AyM Birinci Bölüm:** Mehmet Çelik Başvurusu(2)/Başvuru No. 2015/889, par. 62.

Yüksek mahkemelerin kararları, mevzuatın açık olmayan noktalarını aydınlatabilir, boşlukları doldurabilir ve hukukun ülkenin her yerinde aynı şekilde uygulanması sağlar[25]. Bir yüksek mahkemenin daireleri, kurulları ve bunların birbiri arasında ve yüksek mahkemelerin de kendi aralarında bir içtihat birliği varsa kanunlar bütün yurtta eşit uygulanıyor demektir[26]. Buna karşın yüksek mahkemelerin, ilk derece mahkemelerinin içtihat farklılıklarını gidermek bir yana bizzat verdikleri kararlarla istikrarsızlığa yol açmaları, hukuki güvenlik ilkesiyle bağdaşmaz[27].

Mahkeme kararlarında istikrar sağlanması önemli olduğu içindir ki Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru yolunun kabul edilmesini müteakip artan iş yükü karşısında kararlarında istikrarı sağlamak için Araştırma ve İçtihat Birimi kurmuştur[28]. Ayrıca yine idari ve adli yargı düzenlerinde bulunan içtihatları birleştirme müessesesi de içtihat birliği ve istikrarının sağlanmasını amaçlamaktadır.

Mahkeme kararlarında istikrar bulunmaması[29], hukuki güvenlik ilkesinin ihlaline neden olur[30]. Kişilerin yargı organlarına duymaları beklenen saygı

---

25 **Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder** (2011) Medeni Usul Hukuku, 22. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 67.

26 **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 677.

27 **Taşdelen, Okan** "*Çelişkili Yargı Kararlarının Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi*", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y. 2016, S. 7, http:// dergipark.gov.tr/download/article-file/229930, s. 1018.

28 Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 3. maddesi uyarınca Araştırma ve İçtihat Birimi *"Mahkeme kararlarını izleyerek içtihadın geliştirilmesi ve tanıtımı için çalışmalar yapmak, **içtihat farklılıklarının önlenmesine** yönelik önerilerde bulunmak ve bu amaçlarla istatistikler ve araştırma raporları hazırlamakla görevli birim"*dir.

29 **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 677; **Aliefendioğlu, Ertan** *"İdari Yargıda İki Sorun"*, Danıştay Dergisi, S: 113, s. 1-2; **Taşdelen**, s. 987

30 *"… Benzer olaylar çerçevesinde verilen mahkeme kararlarında görülebilecek tutarsızlıklar, hukuki belirsizlik oluşturmaları nedeniyle Anayasa Mahkemesinin yapacağı incelemede dikkate alınacaktır."* **AyM Birinci Bölüm**: Semra Bekiroğlu ve Diğerler Başvurusu/Başvuru No. 2013/6717, par. 68. Ayrıca bkz. **AyM Genel Kurul:** Türkan Bal Başvurusu/Başvuru No. 2013/6932, par. 63. 47. *"… birden fazla içtihadın varlığı, hukuk kurallarının temel bir özelliği olan bireyin davranışını yönlendirebilme gücünü zayıflatacak bir boyuta ulaşmışsa bireylerin hangi içtihada göre davranışlarını yönlendirecekleri belirsizleşeceğinden öngörülebilirlik ortadan kalkar (Mehmet Arif Madenci, § 84)"* **AyM İkinci Bölüm:** Hasibe Uysal Başvurusu/Başvuru No. 2014/3975, par. 47. *"…birden fazla içtihadın varlığı hukuk kurallarının temel bir özelliği olan, bireyin davranışını yönlendirebilme gücünü zayıflatacak bir boyuta ulaşmışsa kamu düzeninin bozulduğundan söz edilebilir. Bu durumda bireylerin hangi içtihada göre davranışlarını yönlendirecekleri belirsizleşeceğinden öngörülebilirlik ortadan kalkar."* **AyM İkinci Bölüm:** Mehmet Arif Madenci Başvurusu/Başvuru No. 2014/13916, par. 84.

ve güveni zedeler[31]; adalet duygusunu incitir, yerine göre temelden sarsar; genellik, eşitlik ve adil yargılanma hakkıyla bağdaşmaz[32].

C. MAHKEME HANGİ HALLERDE BENZER KONUDA FARKLI BİR KARAR VEREBİLİR?

Uyuşmazlıkların dayandıkları olaylar ve sorunlar farklıysa, farklı karar verilmesi normal[33] hatta olması gerekendir[34]. Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre içtihat farklılığından söz edilebilmek için ön koşul, dava konusu edilen uyuşmazlıkların, özü itibarıyla aynı mahiyette olmasıdır. Uyuşmazlıkların içeriğinin ve niteliğinin örtüşmediği, esaslı noktalarda ayrıldığı durumlarda, verilen kararlar arasındaki farklılık, içtihat farklılığı olarak değerlendirilemez[35].

---

31 *" … Hukuk devletinin asli unsurları arasında yer alan hukuki belirlilik veya güvenlik ilkesi ise hukuki durumlarda belirli bir istikrarı temin etmekte ve kamunun mahkemelere güvenine katkıda bulunmaktadır. Birbiriyle uyuşmayan mahkeme kararlarının sürüp gitmesi, yargı sistemine güveni azaltarak yargısal bir belirsizliğe yol açabilir (Nejdet Şahin ve Perihan Şahin/Türkiye [BD], B. No: 13279/05, 20/10/2011, § 57). … Yargısal kararlardaki değişiklikler, hukukun dinamizmini ve mahkemelerin yaklaşımlarını yaşanan gelişmelere uyarlama kabiliyetlerini yansıtması yönüyle olumludur. Ancak uygulamada birliği sağlamaları beklenen yüksek mahkemeler içinde yer alan dairelerin benzer davalarda tatmin edici bir gerekçe göstermeksizin farklı sonuçlara ulaşmaları, bir kararın belirli bir daireye düştüğü takdirde onanacağı, başka bir daire tarafından ele alındığı takdirde bozulacağı gibi ihtimale dayalı ve birbirine zıt sonuçları ortaya çıkartır. Bu ise hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine ters düşecektir. Ayrıca, böyle bir algının toplumda yerleşmesi hâlinde bireylerin yargı sistemine ve mahkeme kararlarına duymaları beklenen güven zarar görebilir."* **AyM Birinci Bölüm**: Semra Bekiroğlu ve Diğerler Başvurusu/Başvuru No. 2013/6717, par. 57 ve 69. Ayrıca bkz. **AyM Genel Kurul:** Türkan Bal Başvurusu/Başvuru No. 2013/6932, par. 64.

32 Anayasa Mahkemesine göre içtihat değişikliği sonucunu doğuran farklı değerlendirmenin hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesi bağlamında hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerekir. **AyM İkinci Bölüm:** Ahmet Acar Başvurusu/ Başvuru No. 2014/19936, par. 45.

33 **Taşdelen**, s. 999.

34 *"İhtilaf konusu davalardaki uyuşmazlıkların veya olayların birbirinden farklılık göstermesi, iki kararda farklılaşan değerlendirmeleri haklı gösterir ve aynı konuda verilmiş çelişen hükümlerden bahsedilemez."* **AyM Birinci Bölüm**: Ahmet Saygılı ve Şefika Saygılı Başvurusu/Başvuru No. 2013/135, par. 42. Ayrıca bkz. **AyM Birinci Bölüm**: Semra Bekiroğlu ve Diğerler Başvurusu/Başvuru No. 2013/6717, par. 62; **AyM Genel Kurul:** Türkan Bal Başvurusu/Başvuru No. 2013/6932, par. 57; **AyM İkinci Bölüm**: Ercan Din Başvurusu/Başvuru No. 2014/94, par. 51; **AyM İkinci Bölüm:** Murat Cihangiroğlu Başvurusu/Başvuru No. 2014/952, par. 41.

35 **AyM İkinci Bölüm:** Engin Selek Başvurusu/Başvuru No. 2015/19816, par. 54.

Mahkeme benzer olaylarda farklı bir karar verme gereğini duyarsa, önceki kararından ayrılmaya icbar eden gerekçeleri belirtmelidir[36]. Bu gerekçeler; mevzuat değişikliği, sonraki olayın farklı somut özellikler taşıması, önceki kararın yanlış olması, koşulların değişmesi, kararın değişen şartlar nedeniyle adil olmaktan çıkması, toplumsal değişimin farklı karar vermeyi gerektirmesi ve kuralın yeni yoruma müsaade etmesi gibi çeşitlidir[37]. Ancak mahkemenin her durumda yapması gereken, benzer konuda farklı bir karar vereceği zaman bunun gerekçesini ortaya koymaktır.

Aynı maddi vakıaya ilişkin olarak mahkemelerin verdiği farklı kararlara istinaden Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararları üzerinde durulmalıdır. Zira örnek olayda Danıştay 10. Dairesi'nin birinci ve ikinci kararları aynı vakıaya (taşınmazın hangi idareye lazım geldiğine) ilişkindir. Anayasa Mahkemesi'ne[38] göre *"Uyuşmazlığın çözümünde etkili olan maddi vakıaların değerlendirilmesi, yorumlanması ve nitelendirilmesi derece mahkemelerinin takdirindedir.* ***Maddi vakıalar, uyuşmazlıkta uygulanacak hukuk kurallarından farklı olarak sadece somut bir olayı ilgilendirdiğinden ancak somut olayın koşulları çerçevesinde yorumlanabilir ve anlamlandırılabilir. Somut olayın tek bir uyuşmazlığa konu edildiği durumlarda maddi vakıalara ilişkin olarak mahkemeler arasında görüş ayrılığı oluşması mümkün değildir.*** *Buna mukabil aynı olay çerçevesinde birden fazla uyuşmazlığın birden fazla mahkemede görüldüğü hallerde farklı mahkemelerin aynı olay kapsamındaki bir maddi vakıayı*

---

[36] İçtihadın bağlayıcılığının kural; içtihattan ayrılmanın ise istisnai olduğu da ifade edilmektedir. Kayhan'a göre Hiç bir mahkeme, benzer konuda daha önce verilmiş bir kararı yok sayamaz; aksi hal pratikte hukuk düzeninin ve mahkemenin kendisini yok sayması anlamına gelir. **Kayhan**, s. 346 ve 354. Ayrıca bkz. **Önen, Ergun** (1968) "*Özel Olarak Kazai İçtihadın Tanzim Edici (Normatif) Kuvveti Meselesi"*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 25, S: 1, s. 165; **Köküsarı**, s. 116.

[37] *"Aynı hukuki metne ilişkin olarak aynı derecedeki bağımsız yargı mercileri arasındaki yorum ve içtihat farklılıkları ile temyiz mercilerinin uyuşmazlıklara ilişkin olarak tarafların talepleri ve delilleri arasındaki yorum farklılıkları, tek başına adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde kabul edilemeyeceği gibi (Ahmet Sağlam, B. No: 2013/3351, 17/9/2013, § 45) Mahkemelerce hukuk kurallarının yorumlanması ve delillerin değerlendirilmesinde farklılıklar meydana gelmesi ya da önceki çözümün tatminkar bulunmaması, yeni kabul edilmiş bir yasanın yorumlanmasında içtihadın müstakar olması için belli bir zamana ihtiyaç duyulması gibi çeşitli nedenlerle içtihat değişikliğine gidilmesi de tek başına adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde kabul edilemez."* **AyM İkinci Bölüm**: Selvi Ağgül ve Diğerleri Başvurusu/Başvuru No. 2013/6201, par. 64.

[38] **AyM İkinci Bölüm**: Özlem Terzioğlu Başvurusu/Başvuru No. 2014/19341, par. 45, 46, 52 ve 53.

farklı değerlendirmesi ve yorumlaması mümkündür. Maddi vakıanın farklı yorumlanmasına bağlı olarak aynı olaya ilişkin uyuşmazlıklarda farklı sonuçlara ulaşılması ve birbiriyle çelişen kararlar verilmesi olasıdır. Bu durumda da aynı maddi vakıanın farklı değerlendirilmesine bağlı olarak adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi söz konusu olabilir. Mahkemelerin maddi olgularla ilgili değerlendirme ve nitelemeleri ile mutlak bir şekilde bağlı olmaları söz konusu olmayıp bunları değiştirmeleri de mümkündür. Ancak maddi olgularla ilgili değerlendirmelerin aynı olay kapsamındaki diğer uyuşmazlıklar yönünden kuvvetli delil teşkil edebileceği gözetildiğinde mahkemelerin daha önce ulaştıklarından farklı bir sonuca ulaşmaları durumunda bunun gerekçesini ikna edici bir şekilde ortaya koymaları beklenir. … Bu bağlamda Dairenin daha önceki kararında iki Şirket arasında cereyan eden ilişkiyi (maddi vakıayı) şube devri olarak nitelediği halde başvurucu tarafından açılan bu davada şube devrinin söz konusu olmadığı kanaatine varan Mahkeme kararını onamış olması, Daireyi bu görüş değişikliği için tatmin edici bir gerekçe açıklama yükümlülüğü altına sokmaktadır. Oysa Dairenin onama kararında herhangi bir gerekçeye yer vermediği görülmektedir. Sonuç olarak Dairenin aynı maddi vakıaya ilişkin olarak önceki kararlarında ulaştığı kanaatin aksi yöndeki Mahkeme kararını herhangi bir gerekçe açıklamadan onamasının, başvurucunun açtığı davanın görülmesi bakımından hukuki belirsizliğe neden olduğu ve başvurucu açısından öngörülemez bulunduğu sonucuna varılmıştır."

V. HUKUKİ GÜVENLİK İLKESİ BAĞLAMINDA YARGI KARARLARINDA İSTİKRAR

Yasama, yürütme (idare) ve yargı erklerine çeşitli yükümlülükler getiren; "belirlilik", "istikrar" ve "öngörülebilirlik" alt ilkelerinden oluşan hukuki güvenlik ilkesi hukuk devletinin ön koşullarındandır.

Hukuki güvenlik, kişilerin devlete güven duymasını ve bu güvenin muhafazasını sağlar; sonraki kararların kabulünü kolaylaştırır ve toplumsal huzuru arttırır. Kişilerin bağımsız biçimde karar alabilmelerini ve uygulayabilmelerini mümkün kılar[39].

Anayasa Mahkemesi'ne göre[40] "*Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bi-*

[39] **Köküsarı**, s. 190 vd.

[40] **AyM**: 23.12.2015, E. 2015/15, K. 2015/118.

reylerin tüm eylem ve işlemlerinde Devlete güven duyabilmesini, Devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla, ***mahkeme içtihatları*** *ve yürütmenin düzenleyici işlemleri* ***ile de hukuki belirlilik sağlanabilir****. Hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır."* Bu karardan da anlaşılacağı üzere belirliliğin ve dolayısıyla hukuki güvenliğin sağlanması diğer hususların yanında mahkeme kararlarının da benzer olaylarda istikrarlı bir biçimde aynı yönde olmasına bağlıdır[41].

Yargı kararlarında istikrar, istikrarın hukuki güvenlik ve adil yargılanma hakkı ile ilişkisi Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararlarında çokça tartışılmıştır. Anayasa Mahkemesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından da yararlanmak suretiyle yargısal düzeyde ve mahkeme düzeyinde içtihat istikrarının sağlanmasına yönelik olarak şu yönde karar vermektedir[42]: *"Kural olarak, aynı derecedeki bağımsız yargı mercileri arasında, aynı hukuki metne ilişkin yorum ve içtihat farklılıkları tek başına adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde kabul edilemeyeceği gibi, temyiz mercilerinin, uyuşmazlıklara ilişkin olarak tarafların talepleri ve delilleri arasındaki yorum farklılıkları da tek başına adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde kabul edilemez. Bu durumun farklı yargı kolları açısından da geçerli olduğunun kabulü gerekir. Bu kapsamda* ***farklı kararların aynı mahkemeden çıkmış olması*** *da tek başına, adil yargılanma hakkının ihlali anlamına gelmeyecektir. Değişik yönlerde kararlar verilmesi ihtimali, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi gibi çeşitli yüksek mahkemelerden oluşan yargı sistemimizin kaçınılmaz bir özelliği olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla, bireylerin makul güvenlerinin korunması ve hukuki güvenlik ilkesi, içtihadın değişmezliği şeklinde bir hak bahşetmemektedir. Mahke-*

---

41 Anayasa Mahkemesi bir başka kararında yargıdaki istikrarın bozulmasını, hukuk devleti ilkesine aykırılık olarak değerlendirmektedir. **AyM**: 17.05.2007, E. 2004/13, K. 2007/58.

42 **AyM Birinci Bölüm**: Ahmet Saygılı ve Şefika Saygılı Başvurusu/Başvuru No. 2013/135, par. 37, 38, 39, 40, 41 ve 45. Ayrıca bkz. **AyM Birinci Bölüm**: Semra Bekiroğlu ve Diğerler Başvurusu/Başvuru No. 2013/6717, par. 58, 59, 60 ve 69; **AyM Genel Kurulu**: Türkan Bal Başvurusu/Başvuru No. 2013/6932, par. 53, 54, 55; **AyM İkinci Bölüm**: Murat Cihangiroğlu Başvurusu/Başvuru No. 2014/952, par. 38, 40.

melerin yorumlarında dinamik ve evirilen bir yaklaşımın sürdürülememesi reform ya da gelişimi engelleyeceğinden, kararlardaki değişim, adaletin iyi idaresine aykırılık teşkil etmez. Mahkeme içtihatlarındaki değişme yargı organlarının takdir yetkisi kapsamında kalmakta olup, böyle bir değişiklik özü itibarıyla, önceki çözümün tatminkâr bulunmaması anlamına gelir. Ancak, aynı hususta daha önce çıkan kararlardan farklı bir hüküm kurulması halinde, mahkemelerce, ***bu farklılaşmaya ilişkin makul bir açıklama getirilmesi gerekmektedir****. … Yargısal kararlardaki değişiklikler, hukukun dinamizmini ve mahkemelerin yaklaşımlarını yaşanan gelişmelere uyarlama kabiliyetlerini yansıtması yönüyle olumludur. Ancak,* ***uygulamadaki birlikteliği sağlamaları beklenen yüksek mahkemeler içinde yer alan dairelerin*** *ya da farklı yargı kollarına ait mahkemelerin* ***benzer davalarda tatmin edici bir gerekçe göstermeksizin farklı sonuçlara ulaşmalarının****, bir kararın belirli bir daireye ya da farklı yargı koluna düştüğü takdirde onanacağı veya olumlu neticeleneceği, başka bir daire tarafından ele alındığı takdirde bozulacağı veya olumsuz neticeleneceği gibi birbirine zıt sonuçların ortaya çıkma beklentisinin****, hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine aykırı olduğu açıktır****. Ayrıca, böyle bir algının toplumda yerleşmesi halinde, bireylerin* ***yargı sistemine ve mahkeme kararlarına duymaları beklenen güven zarar görebilir.****"* Yine Anayasa Mahkemesine göre[43]: "*… farklı kararların aynı mahkemeden çıkmış olması tek başına, adil yargılanma hakkının ihlali anlamına gelmeyecektir. … Yazılı hukuk sistemine tabi ülkelerde içtihat değişmez bir olgu olmadığından mahkeme içtihatlarındaki değişme yargı organlarının takdir yetkisi kapsamında kalmaktadır. Böyle bir değişiklik özü itibarıyla önceki çözümün tatminkar bulunmaması anlamına gelmektedir (S.S. Balıklıçeşme Beldesi Tarım Kalkınma Kooperatifi ve diğerleri/Türkiye, B. No: 3573/05 ... , 30/11/2010, § 28). Ancak aynı hususta daha önce çıkan kararlardan farklı bir hüküm kurulması halinde mahkemelerce bu farklılaşmaya ilişkin makul bir açıklama getirilmesi gerekmektedir."*

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıdaki karalarından anlaşılacağı üzere bir mahkeme benzer konuda farklı bir karar vereceği zaman, bunun gerekçesini ortaya koymalıdır[44]. Anayasa Mahkemesi "*gerekçe*" ile ilgili olarak ise şunları

---

[43] **AyM İkinci Bölüm**: Selvi Ağgül ve Diğerleri Başvurusu/Başvuru No. 2013/6201, par. 55 ve 62.

[44] *"Uygulamadaki birlikteliği sağlamaları beklenen yüksek mahkemeler içinde yer alan dairelerin benzer davalarda tatmin edici bir gerekçe göstererek farklı sonuçlara ulaşmaları, hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri çerçevesinde, verilen kararların ihtimale dayalı sonuçlar olmamasını ve birbirine zıt ilamların ortaya çıkmamasını gerektirir."* **AYM Birinci Bölüm**: Genco Acar Başvurusu/Başvuru No. 2013/7938, par. 62.

söylemektedir[45]: *"Anayasanın 141. maddesinde güvence altına alınan gerekçeli karar hakkı, mahkeme kararlarında kararların dayandığı hukuki gerekçenin yeterli açıklıkta gösterilmesini gerektirir. Bununla birlikte mahkeme kararlarının gerekçesinde tarafların tüm iddialarının ayrıntılı bir biçimde tartışılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Gerekçenin ayrıntısı davanın niteliğine göre değişmekle birlikte kararın hüküm kısmına dayanak oluşturacak hukuki bir gerekçenin kısa ve özet de olsa bulunmasının zorunlu olduğu açıktır. Kararların gerekçeli olması, davanın taraflarının mahkeme kararının dayanağını öğrenerek mahkemelere ve genel olarak yargıya güven duymalarını sağladığı gibi, tarafların kanun yoluna etkili başvuru yapmalarını mümkün hale getiren en önemli faktörlerdendir. Gerekçesi bilinmeyen bir karara karşı gidilecek kanun yolunun etkin kullanılması mümkün olmayacağı gibi bahsedilen kanun yolunda yapılacak incelemenin de etkin olması beklenemez." "Tarafsızlığı, keyfiliği, denetimden kaçmayı ve perdelemeyi önlemek için mahkemeler, kararın verilmesine neden olan temelleri yeterince açık olarak belirtmekle yükümlüdürler. Mahkemelerin yargılama süresince kendilerine iletilen her iddia ve talebi gözetme zorunda olmadıkları biçimindeki serbesti, kararın verilmesine neden olan temellere asgari açıklıkta değinilmesi görevini ortadan kaldıracak şekilde yorumlanamaz."*[46]

Anayasa Mahkemesi'ne göre mahkemelerin, başvuruculara önemli bazı iddialarına yanıt vermemiş olması, kişinin iddialarının incelenmesi hakkının

---

[45] **AyM İkinci Bölüm**: Vesim Parlak Başvurusu/Başvuru No. 2012/1034, par. 33 ve 34. Yine Anayasa Mahkemesi'ne göre *"Mahkeme kararlarının gerekçeli olması adil yargılanma hakkının unsurlarından birisi olmakla beraber, bu hak yargılamada ileri sürülen her türlü iddia ve savunmaya ayrıntılı şekilde yanıt verilmesi şeklinde anlaşılamaz. Bu nedenle, gerekçe gösterme zorunluluğunun kapsamı kararın niteliğine göre değişebilir. Bununla birlikte başvurucunun ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren usul veya esasa dair iddialarının cevapsız bırakılmış olması bir hak ihlaline neden olacaktır. Bunun yanı sıra, kanun yolu mahkemelerince verilen karar gerekçelerinin ayrıntılı olmaması da bu hakkın ihlal edildiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Kanun yolu mahkemelerince verilen bu tür kararların, ilk derece mahkemesi kararlarında yer verilen gerekçelerin kabul edilmiş olduğu şeklinde yorumlanması uygun olup, bu husus AİHM içtihadında da, üst dereceli mahkeme tarafından benimseme yöntemiyle önceki mahkeme kararının gerekçesinin özümsenmesi şeklinde yorumlanmaktadır."* **AyM İkinci Bölüm**: Muhittin Kaya Ve Muhittin Kaya İnşaat Taahhüt Madencilik Gıda Turizm Pazarlama Sanayi Ve Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu/Başvuru No. 2013/1213, par. 26. Ayrıca bkz. **AyM Birinci Bölüm**: İbrahim Ataş Başvurusu/Başvuru No. 2013/1235, par. 23, 24 ve 25.

[46] **AyM Genel Kurul**: Sencer Başat ve Diğerleri Başvurusu/Başvuru No. 2013/7800, par. 58.

yanında, adil yargılanma hakkının önemli gerekliliklerinden biri olan mahkemelerin kararı gerekçelendirme yükümlülüğü ile de ilişkilidir. Zira bir muhakemede usule ilişkin koruma sağlayan adil yargılanma hakkının önemli unsurlarından biri olan gerekçeli karar hakkı da kişilerin adil bir şekilde yargılanmalarını sağlamayı ve denetlemeyi amaçlamaktadır. Bu bağlamda mahkemeler, kararlarını hangi temele dayandırdıklarını yeterince açık olarak belirtme yükümlülüğü altında olup bu yükümlülük, tarafların temyiz hakkını kullanabilmeleri için gerekli olmasının yanı sıra, muhakeme sırasında ileri sürdükleri iddialarının kurallara uygun bir biçimde incelenip incelenmediğini bilmeleri ve ayrıca demokratik bir toplumda, toplumun kendi adına verilen yargı kararlarının sebeplerini öğrenmelerinin sağlanması için de gereklidir[47]. Anayasa Mahkemesi'nin de belirttiği üzere mahkemelerin *"ileri sürülen iddia ve savunmalara şeklen cevap vermiş olmaları yeterli olmayıp, iddia ve savunmalara verilen cevapların dayanaksız olmaması, mantıklı ve tutarlı olması da gerekir. Diğer bir ifadeyle mahkemelerce belirtilen gerekçeler, davanın şartları dikkate alındığında makul olmalıdır. Makul gerekçe, davaya konu olay ve olguların mahkemece nasıl nitelendirildiğini, kurulan hükmün hangi nedenlere ve hukuksal düzenlemelere dayandırıldığını ortaya koyacak, olay ve olgular ile hüküm arasındaki bağlantıyı gösterecek nitelikte olmalıdır (bkz. B. No: 2013/1235, 13/6/2013, § 24). Gerekçelendirme, davanın sonucuna etkili olay, olgu ve argümanları açıklamak yükümlülüğü olmakla birlikte, bu şekildeki gerekçelendirmenin mutlaka detaylı olması şart değildir. Ancak gerekçelendirmenin, iddia ve savunmadan birinin diğerine üstün tutulma sebebinin ve bu kapsamda davanın taraflarınca gösterilen delillerden karara dayanak olarak alınanların mahkemelerce kabul edilme ve diğerlerinin reddedilmesi hususunda, makul dayanakları olan bir bilgilendirmeyi sağlayacak ölçü ve özene sahip olması gerekmektedir. Zira bir davada tarafların, hukuk düzenince hangi nedenle haklı veya haksız görüldüklerini anlayıp değerlendirebilmeleri için usulüne uygun şekilde oluşturulmuş, hükmün içerik ve kapsamı ile bu hükme varılırken mahkemenin neleri dikkate aldığı ya da almadığını gösteren, ifadeleri özenle seçilmiş ve kuşkuya yer vermeyecek açıklıktaki bir ge-*

[47] **AyM Genel Kurul**: Sencer Başat ve Diğerleri Başvurusu/Başvuru No. 2013/7800, par. 31 ve 34.

rekçe bölümünün ve buna uyumlu hüküm fıkralarının bulunması "gerekçeli karar hakkı" yönünden zorunludur. Aksi bir tutumla, mahkemenin, davanın sonucuna etkili olduğunu kabul ettiği bir husus hakkında "ilgili ve yeterli bir yanıt" vermemesi veya yanıt verilmesini gerektiren usul veya esasa dair iddiaların cevapsız bırakılmış olması bir hak ihlaline neden olabilecektir."[48]

Mahkemelerin gerekçelendirme yükümlülüğü *"yargılamada ileri sürülen her türlü iddia ve savunmaya, karar gerekçesinde ayrıntılı şekilde yanıt verilmesi şeklinde anlaşılamaz (bkz. B. No: 2013/1213, 4/12/2013, § 26). Bu nedenle, bir kararda tam olarak hangi unsurların bulunması gerektiği, davanın niteliğine ve koşullarına bağlıdır. Bununla birlikte muhakeme sırasında açık ve somut bir biçimde öne sürülen iddia ve savunmaların davanın sonucuna etkili olması, başka bir deyişle davanın sonucunu değiştirebilecek nitelikte bulunması halinde, davayla doğrudan ilgili olan bu hususlara mahkemelerce makul bir gerekçe ile yanıt verilmesi gerekir."*[49] Yine Anayasa Mahkemesine göre[50] *"İtiraz veya temyiz merciinin, itiraz veya temyiz incelemesine konu mahkeme kararına ve bu karardaki gerekçelere katıldığı durumlarda, buna ilişkin kararını ayrıntılı olarak gerekçelendirmemesi, kural olarak, gerekçeli karar hakkına ve dolayısıyla adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil etmez."*

SONUÇ : ÖRNEK OLAYDAKİ DANIŞTAY KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Taşınmaza hangi idarenin daha fazla ihtiyacı olduğu veya ikinci tahsis işleminin mahkeme kararını etkisiz hale getirmeyi amaçlayıp amaçlamadığı sorularına cevap vermek, bu makalenin konusu dışındadır. Burada, Danıştay 10.

---

48 **AyM Genel Kurul**: Sencer Başat ve Diğerleri Başvurusu/Başvuru No. 2013/7800, par. 36, 37, 38 ve 39.

49 **AyM Genel Kurul**: Sencer Başat ve Diğerleri Başvurusu/Başvuru No. 2013/7800, par. 35.

50 **AyM Birinci Bölüm**: Lokman Sapan Başvurusu/ Başvuru Numarası: 2013/723, par. 44. Ayrıca bkz. *"… temyiz mercilerinin kararlarının tamamen gerekçeli olması zorunlu değildir. Temyiz merciinin yargılamayı yapan mahkemenin kararıyla aynı fikirde olması ve bunu ya aynı gerekçeyi kullanarak ya da basit bir atıfla kararına yansıtması yeterlidir. Burada önemli olan husus, temyiz merciinin bir şekilde temyizde dile getirilmiş ana unsurları incelediğini, derece mahkemesinin kararını inceleyerek onadığını ya da bozduğunu göstermesidir."* **AyM İkinci Bölüm**: Ahmet Sağlam Başvurusu/ Başvuru No. 2013/3351, par. 50.

Dairesinin seçilen iki kararı, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararlarında mahkeme kararlarında istikrar ve gerekçe ile ilgili olarak belirttiği görüşler doğrultusunda değerlendirilecektir.

Davaların konuları II numaralı başlık altında da belirtildiği gibi Üniversite adına yapılan tahsisin kaldırılması ve Bakanlık adına tahsis kararı alınmasıdır. Diğer bir deyişle iki davanın konusu ve tarafları aynıdır. Danıştay ilk tahsis işlemi iptal edilirken "*Bakılan uyuşmazlıkta, Davacı Üniversiteye tahsisi yapılan taşınmazın konumu itibariyle Üniversitenin merkez kampüsü ile diğer fakültelerinin yoğun olarak bulunduğu alanda yer aldığı, eğitim hizmetlerinin birlikte yürütülmesi isteğinden hareketle söz konusu taşınmaza anılan Üniversitenin ihtiyacının bulunduğu ve bu bağlamda Üniversiteye yapılan tahsis amacının ortadan kalkmadığı ve bu amaca yönelik hizmetin gerçekleştirilmesinin ise olanaklı olduğu açıkça görülmektedir."* gerekçesine dayandıktan sonra ikinci tahsis işleminin iptali için açılan davada ilk derece mahkemesinin verdiği red kararında yer alan *"dava konusu taşınmazın 1962 yılından bu yana halen Milli Eğitim Bakanlığı uhdesinde olduğu, Gazi Üniversitesi Rektörlüğünün, 1990 yılında, yüksek öğretmen okulu olarak kullanılmak üzere kendisine tahsis edilen taşınmazı fiilen kullanmadığı, söz konusu taşınmaza Milli Eğitim Bakanlığının ihtiyacının bulunduğu, bu hususun yapılan tespitle de sabit olduğu, bu bağlamda Üniversiteye yapılan tahsis amacının ortadan kalktığı"* gerekçesini uygun bulmuştur.

Anılan iki karar arasında ilk karardan ayrılmayı haklı gösterecek herhangi bir neden bulunmadığı gibi ikinci karar aşamasında Valiliğe yaptırılan tespit ilk kararın alınma gerekçesinin dışında yeni bir şey söylememektedir. İlk kararın alınması aşamasında olduğu gibi ikinci karar alınırken de taşınmaz Bakanlık tarafından kullanılmakta ve Üniversite tarafından kullanılamamaktadır. Diğer bir ifadeyle iki yargı kararı arasında farklılaşmayı gerektiren herhangi bir gelişme olmamış; Bakanlık taşınmazı tahsis kararına rağmen fiilen kullanmaya devam etmiş, Üniversite taşınmazın bulunduğu mahalden taşınmamış ve Üniversitenin anılan taşınmaza ihtiyacı devam etmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre somut olayın gerçekleşme koşullarına ilişkin kabul bakımından ortaya çıkan farklılıklar, aynı olaya ilişkin kararlar arasında bulunan farklılıklar, hukuki belirsizliğe neden olur, öngörülemezdir ve bu nedenlerden ötürü de adil yargılanma hakkının ihlaline neden olur[51].

[51] **AyM İkinci Bölüm**: Ercan Din Başvurusu/Başvuru No. 2014/94, par. 62, 65 ve 66.

Anayasa Mahkemesi benzer konularda farklı içtihatların farklı yargı düzenlerinden çıkmasının dahi olumsuz sonuçları olabileceğini ve yüksek mahkemelerin, böyle bir olumsuz sonucun bizatihi kaynağı olmamak adına farklı uygulamaları ortadan kaldırmaya yönelik gerekli özeni göstermeleri gerektiğini ifade ederken[52] içtihat mahkemesi olan Yüksek Mahkemenin aynı Dairesinin aynı konuda hakkın yerine getirilmesine engel nitelikte karar vermesi evleviyetle olumsuz sonuçlar doğmasına neden olabilecektir.

Anayasa Mahkemesi'nin istikrarlı bir biçimde vurguladığı gibi mahkemeler benzer olaylarda farklı kararlar verebilir. Ancak mahkemelerin bire bir aynı olaylarda farklı kararlar verme konusunda takdir yetkilerinin daha sınırlı olması gerektiği ve dahası bunun da doyurucu bir gerekçeyle desteklenmesi gerektiği aşikardır. Yine Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarına göre ilk derece mahkemelerinin kararlarında taraflarca ileri sürülen bütün iddiaları karşılamaları gerekli olmadığı gibi temyiz mercilerinin de ilk derece mahkemesinin kararına katıldığını beyan etmesi kural olarak yeterlidir. Ancak örnek olay konusu edilen ilk derece mahkemeleri ve Danıştay kararlarında ilk karardan ayrılmayı gerektirecek bir değişiklik olmadığı ve mahkeme kararlarını etkisiz kılmaya yönelik işlem tesis edildiği iddiaları ikinci tahsis işlemi aleyhine açılan davalarda ve temyiz aşamasında karşılanmamıştır. Bu durumun hukuki güvenlik ilkesine ve bu bağlamda adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil ettiği düşünülmektedir.

[52] **AyM İkinci Bölüm**: Engin Selek Başvurusu/Başvuru No. 2015/19816, par. 59.

KAYNAKÇA

Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil (2019) Türk İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi.

Aliefendioğlu, Ertan *"İdari Yargıda İki Sorun"*, Danıştay Dergisi, S: 113, s. 1-20.

Bilge, Necip (2010) Hukuk Başlangıcı, 28. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi.

Duran, Lütfi *"Yüksek Mahkemeler Arasında İçtihat Uyuşmazlığı"*, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cezaevi Matbaası, İstanbul 1967, http://dergipark.gov.tr/download/article-file/ 14133.

Giritli, İsmet/Bilgen, Pertev/Akgüner, Tayfun/Berk, Kahraman (2013) İdare Hukuku, İstanbul, Der Yayınları.

Gözübüyük, Şeref/Tan, Turgut (2013) İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar, 9. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi.

Günday, Metin (2013) İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara.

Güriz, Adnan (2003) Hukuk Başlangıcı, 9. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi.

Kayhan, Fahrettin (1999) *"Özel Hukuk Uygulamasında Yargı İçtihatlarının ve İçtihadı Birleştirme Kararlarının Normatif Gücü"*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 2, s. 341-363.

Köküsarı, İsmail (2015) Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Ankara, Adalet Yayınevi.

Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder (2011) Medeni Usul Hukuku, 22. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

Önen, Ergun (1968) "*Özel Olarak Kazai İçtihadın Tanzim Edici (Normatif) Kuvveti Meselesi"*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 25, S: 1, s. 53-172.

Taşdelen, Okan "*Çelişkili Yargı Kararlarının Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi"*, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y. 2016, S. 7, http:// dergipark.gov.tr/download/article-file/229930

ULUS DEVLET İLE VATANDAŞLIK İLİŞKİSİ PARADOKSU VE ANAYASAL DÜZLEMDEKİ NEGATİF ETKİLERİ

Dr. Öğr. Üyesi Ümit GÜVEYİ [*]

ÖZET

Son yıllarda genel olarak ulus bilincinin ve ulus devlet anlayışının yükselişe geçmesi söz konusudur. Tanık olunan bu yükselişin, ulus devlet ile vatandaşlık arasındaki ilişki çerçevesinde vatandaşlığa da önem kazandırması makul bir beklentidir. Zira vatandaşlık statüsü (status civitatis), ulus devlet anlayışının mütemmim cüzü olarak nitelendirilebilir. Anayasa hukuku perspektifinden yaklaşıldığında, devletin insan unsuru ile örtüşen vatandaşlık statüsünün kazanılmasına ilişkin şartların, ulus bilincinin yükselişiyle eş güdümlü olarak zorlaştırılması doğal bir sonuç olarak kabul edilebilir. Ancak ampirik veriler bu durumun aksini göstermektedir. Genel olarak yükselen ulus bilincine rağmen vatandaşlığın kazanılması şartlarında zorlaşma yaşanmamaktadır. Aksine yeni trende göre vatandaşlık, para ile elde edilebilecek bir statüye dönüşmekte ve böylece manevi değer kaybına uğramaktadır. Bu durum bir paradokstur. Söz konusu paradoksun ise anayasa hukuku boyutunda muhtemel sonuçlar doğuracağı aşikârdır. Ortaya çıkacak olan sonuçlar ise genel olarak anayasal düzen ya da devlet bakımından risk teşkil etmektedir. Öyle ise paradoks konusunda devletler ya da hükümetlerden beklenen rasyonel tutum ne olmalıdır?

Anahtar Kelimeler: Ulus Devlet, Ulus Bilinci, Vatandaşlık, Devlet, Millet, Anayasal Düzen.

[*] İzmir Demokrasi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, umit.guveyi@idu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-8365-2471,
(Geliş Tarihi: 12.04.2019 – Kabul Tarihi: 09.06.2019)

THE PARADOX OF THE RELATIONSHIP BETWEEN NATION STATE AND CITIZENSHIP AND ITS NEGATIVE EFFECTS ON CONSTITUTIONAL PLANE

ABSTRACT

In recent years the national consciousness and the conception of the nation state have been on the rise. Within the relationship between the nation state and the citizenship it is a reasonable expectation to wait that this rise will also promote the citizenship. For as much as the status civitatis is a component part of the conception of the nation state. From the constitutional law approach, the acception of the new harder requirements for the citizenship which is overlapping the human element of the state can be accepted as a natural result which is also in harmony with the rising of the national consciousness. But the empirical evidences are in contrast to this situation. Despite the rising of the national consciousness in general there is no difficulties in acquiring the citizenship. On the contrary according to the new trend citizenship is transformed into a status that can be achieved with money and thus it loses its spiritual value. This is a paradox. It is obvious that the paradox in question will have potential consequences for constitutional law. The results will generally risk the constitutional order or the state. So what should be the rational attitude expected from states or governments about the paradox?

Keywords: Nation State, National Consciousness, Citizenship, State, Nation, Constitutional Order.

GİRİŞ

Ulus devlet ile vatandaşlık arasındaki ilişki son derece belirgindir. Zira vatandaşlık, modern ulus devletin bir unsuru olarak kabul edilmektedir. Güncel çalışmalar, ulus bilincinin ya da milliyetçiliğin yükselişini ortaya koymaktadır ki bu aynı zamanda ulus devlet anlayışının da güçlenmesi anlamına gelir. Bu bağlamda ulus bilincinin ve buna bağlı olarak ulus devletin yükselişinin beraberinde, ulus devletin bir unsuru olan vatandaşlığı da yükseltmesi esasen haklı bir beklentidir. Ancak cari ampirik veriler bu durumun aksini göstermektedir. Günümüzde ulus devlet anlayışının yükselmesi olgusu ile birlikte vatandaşlığın önemsizleştirilmesi söz konusudur. Bu paradoks; dünya genelinde yaygın hale gelen, vatandaşlığın manevi niteliğini yıpratırcasına parasal bir değer karşılığında elde edilebilmesi yönündeki maddi menfaat öncelikli devlet politikalarından kaynaklanmaktadır. Dünya genelinde çok sayıda devlet vatandaşlık statüsünü, yatırım yapmak, gayrimenkul satın almak ya da istihdam sağlamak gibi çeşitli maddi bedellerin ödenmesi karşılığında vermektedir. Bu durum başta vatandaşlık statüsünün, aynı zamanda bu statünün temel dayanaklarından biri olan *eşitlik ilkesi* çerçevesinde sorgulanmasına neden olmaktadır. Diğer taraftan vatandaşlık gibi kritik değere sahip olan bir konunun, devletlerce ekonomik kazanımların öncelemesi suretiyle önemsizleştirmesi, hukuka ve bunun da ötesinde sosyal etiğe aykırı olmakla eleştirilebilmektedir.

Bu kısa çalışmada öncelikle, bahse konu paradoksun iki tarafı üzerinde durulmaktadır. Ulus devletin ortaya çıkışı, ulusçuluk düşüncesi ve vatandaşlığın tarihsel ve düşünsel temelleri irdelenmektedir. Akabinde, ulus devlet (ulusçuluk) ile vatandaşlık arasındaki ilişki ve bu ilişkiden çıkan paradoksun ana hatları ortaya konulmaktadır. Devamında ise bu paradoksun anayasal düzlemdeki yansımaları nelerdir? Sonuçta paradoksun muhtemel çıktıları neler olacaktır? Ulus devletler ya da anayasal düzenler bu paradoksa karşı nasıl bir tutum sergilemelidir? Gibi çeşitli sorulara yanıt aranmaktadır. Bu meyanda, aynı sorular çerçevesinde Türkiye Cumhuriyeti Devleti özelinde bazı değerlendirmelere de yer verilmektedir.

I. ULUS DEVLETİN DÜŞÜNSEL TEMELLERİ

A. GENEL OLARAK

Ulus devlet anlayışının ortaya çıkışı, *Ağaoğulları*'nın teşbihinden esinlenmek suretiyle, *kral devletten ulus devlete doğru yaşanan bir dönüşüm* hikayesi olarak adlandırılabilir. Mutlak monarşi yönetiminin monark (kral) merkezli yapısı, ulus devlet anlayışı çerçevesinde, *ulus* (*millet*) ya da *halk* merkezli bir niteliğe bürünmektedir. Ulus devlet anlayışı ile birlikte devlet kendi konumunu, ulusal temele dayandırmak suretiyle güçlendirmektedir. Bu bakımdan, meşruiyet temelini ulustan kaynaklanma gerekçesiyle perçinleyebilen ulus devlet, ortaya çıktığı dönemde mevcut eski devlet anlayışına kıyasla son derece güçlü, yeni bir devlet modeli olarak kabul edilmektedir[2]. Ulus devlete giden bahse konu dönüşüm ise düşün dünyasında öne sürülen belirli düşüncelerle şekillenmiştir. Söz konusu düşüncelere ve bu düşünceleri ortaya koyan düşünürlere ana hatlarıyla bakmak gerekirse ilk olarak, *Machiavelli* (*Makyavel*) ile başlamak mümkündür. *Machiavelli* ile başlayan düşünsel sürecin demokratik bir teoriye oturtulması ise *Rousseau* tarafından sağlanmaktadır.

B. ULUS VURGUSUNUN ÖNCÜSÜ: MACHIAVELLI

Machiavelli, 16'ncı yüzyılda, merkezi ulusal bir devletin kurulması gerektiğini savunmaktadır. Düşünürün bu görüşünün arka planında ise yaşadığı coğrafya olan İtalya'da mevcut siyasi parçalanmışlık ve istikrarsızlık ortamı yer almaktadır. Zira 16'ncı yüzyılda İtalya, İngiltere, Fransa ve İspanya'nın aksine merkezi bir otoriteden yoksun bulunmaktadır. Krallıklar döneminin güçlü devletlerine kıyasla parçalanmış İtalya, bu dönemde güçsüz bir konumdadır[3]. *Machiavelli*'ye göre, İtalya'nın önemsiz coğrafi bir bölge olmaktan çıkarak güçlü bir devlete dönüşmesi ancak, merkezi otoritenin tesisi suretiyle İtalya'nın birleşmesine bağlı bulunmaktadır[4].

---

2 **Ağaoğulları, Mehmet Ali** (2010) Ulus-Devlet ya da Halkın Egemenliği, 2. Baskı, Ankara, İmge, s.354-355.

3 **Sarıca, Murat** (1999) 100 Soruda Siyasî Düşünce Tarihi, 8. Baskı, İstanbul, Gerçek, s.51-52; **Göze, Ayferi** (2013) Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, 14. Baskı, İstanbul, Beta, s.110-113; **Yetkin, Çetin** (2012) Siyasal Düşünceler Tarihi-II, 3. Baskı, İstanbul, Gürer, s.447.

4 **Machiavelli, Niccolò** (Tarihsiz) Le Prince, (Çeviren: İlhan, Hasan (2014) Prens, 1. Baskı, Ankara, Alter), Bölüm:26, s.106-108.

Yazar, adıyla anılan ve özetle devlet yönetiminde güç elde etmek için, politikada ise herhangi bir amaca ulaşabilmek adına başvurulacak tüm yolların uygun olacağını savunan *makyavelist* (*makyavelizm*) *görüşü* nedeniyle bazılarınca halen eleştirilmektedir. Nitekim Birinci Dünya Savaşı sonrasında düşünürün görüşlerinin faşist yönetimlerce düşünsel temel olarak kabul edilmesi söz konusudur[5]. Buna karşın *Rousseau*, *Toplum Sözleşmesi* adlı eserinde *Machiavelli*'yi savunmaktadır. *Rousseau*'ya göre *Machaivelli*, "*hükümdarlara öğretiler verir gibi yaparken, aslında en önemli dersleri halklara vermişti. Machiavelli'nin Prens adlı eseri Cumhuriyetçilerin başucu kitabıdır.*"[6]

Machiavelli üzerindeki görüş ayrılıkları bu makalenin konu sınırlarını aşan ayrı bir çalışma konusudur. Bununla birlikte söz konusu tartışmalar, ulus devletlerin oluşum süreci bakımından *Machiavelli*'nin öncü bir düşünür olması gerçeğini değiştirmemektedir[7]. Bu bağlamda *Machiavelli* tarafından İtalya için tasarlanan *merkezi ulusal devlet* yapılanması önerisi, *ulus devlet*e giden mecranın başlangıcı olarak kabul edilebilir. Zira *Machiavelli* anılan önerisinde, dönemine göre gerçekçi gözlemlerde bulunmaktadır. *Machiavelli*'nin temel hedefi, İtalyan ulusal birliğinin kurulması olarak özetlenebilir[8]. Düşünür, İtalya'nın düşmanlardan arındırılmasını ve İtalya'da ulusal birliğin tesisini, *ulusal* (*millî*) bir ordunun kurulabilmesine bağlamaktadır[9]. Bu sonuca ulaşırken düşünür, tarihsel gözlem ve tahlillere dayalı rasyonel bir yöntem izlemektedir. Düşünürün benimsediği *ulus birliği* hedefi ile bu hedefe ulaşmak adına izlenmesini önerdiği *ulusal* (*millî*) yaklaşıma rağmen, *Machiavelli*'nin egemenlik anlayışında *ulusal* (*millî*) bir tutuma rastlamak mümkün değildir. Halk (millet), kurtulmak için

---

5 İtalyan faşizminin kurucusu olarak kabul edilen *Benito Mussolini*'nin aradan geçen yüzyıllara rağmen *Machiavelli*'in görüşlerinden etkilendiği kabul edilmektedir. *Machiavelli* tarafından öngörülen yönetim türü mutlak monarşidir. *Mussolini* faşizmi ise dönemine uyarlanmış bir mutlak monarşi olarak nitelendirilebilmektedir. *Mussolini* ile *Machiavelli* arasındaki düşünsel bağ üzerine ayrıntılı bir irdeleme için bkz. **Lien, Arnold J.** (1929) "Machiavelli's Prince and Mussolini's Facism", Social Science, C: 4, S: 4, s.435-441.

6 **Rousseau, Jean-Jacques** (1762) Du Contrat Social, (Çeviren: Şensılay, Ahmet (2010) Toplum Sözleşmesi, 1. Baskı, İstanbul, Anahtar Yayınları), Kitap:3, Bölüm:6, s.125. *Göze* de *Machiavelli*'ye yöneltilen eleştirilerin çoğu zaman düşünürün yaşadığı dönem ve koşulların göz ardı edilmesi suretiyle yapıldığını ifade etmektedir. **Göze**, s.124.

7 **Uygun, Oktay** (2014) Devlet Teorisi, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s.189.

8 **Machiavelli**, Bölüm: 26, s.106-108.

9 **Machiavelli**, Bölüm: 12, s.51-57.

bir prense ihtiyaç duymaktadır[10]. Prensin başarısı ise halkın (milletin) ona vereceği desteğe bağlıdır[11].

Machiavelli tarafından desteklenen açık bir yönetim şekli zikredilmemiştir. Bununla birlikte Prens adlı eserde yer alan ifadelerden, dönemin İtalyası için *mutlak monarşi* ile örtüşen bir yönetim şeklinin tasarlandığı anlaşılmaktadır[12]. Dolayısıyla *Machiavelli*'de, asıl egemenin prens olarak kabul edilmesi söz konusudur. Bu durum 18'inci yüzyıla gelindiğinde *Rousseau* tarafından değiştirilecektir.

C. ULUS DEVLETTE DEMOKRATİK DÖNÜŞÜM: ROUSSEAU

Rousseau, devlet iktidarı konusunda mutlak monarşideki monarkın yerine *halk* ya da *ulus* (*millet*) unsurunu koyan düşünürdür. *Rousseau*, monarkı egemen konumundan indirerek onun yerine *halk*ı ya da *millet*i egemen konumuna taşır[13]. *Rousseau*'nun sosyal sözleşmesinde birey kendisini iki boyutta bağlamaktadır. Bunlardan ilki, *birey ile diğer bireyler* arasındaki ilişki boyutudur. İkinci bağ ise *birey ile devlet* arasındaki ilişki boyutudur[14]. Böylece *sosyal sözleşme*ye dâhil olan bireylerden oluşan *egemen güç*[15], monarkın egemenliğinden *demokratik* bir zemine kaydırılmaktadır.

Rousseau'ya göre, sözleşmeye katılan bireyin egemenlik platformunda üç farklı görünüme sahip olduğu kabul edilmektedir. Buna göre, bireyler *kolektif* bir şekilde düşünüldüğünde *halk* olarak karşımıza çıkar. Teker teker ele alındığında ise birey iki farklı niteliğe sahip olabilmektedir. Birey, egemen otoriteye

---

[10] "*Bu halk son ümidini kendini bir bayrak altında toplayacak prens için saklamaktadır. Bu halk bu bayrağı taşıyacak prensi beklemekte… İtalyanların büyük şeyler başaracak kapasiteleri var ama bunun için bir lider gereksinimleri vardır…*". Bkz. **Machiavelli**, Bölüm:26, s.107.

[11] "*…mevcudu tamamen İtalyanlardan oluşan bir ordu olmalıdır. Bu ordu yabancılar karşısında zafere koşacaktır…*". Bkz. **Machiavelli**, Bölüm:26, s.107.

[12] Eserde geçen şu ifadeler mutlak monarşi düzenine işaret etmektedir: "*…prensin tebasıyla…*" bkz. **Machiavelli**, Bölüm:15, s.66, "*Prens yargılanamaz.*" Bkz. **Machiavelli**, Bölüm:18, s.77, "*Bu durum prensim hanedanlığınız için büyük bir fırsat… halkın tüm umutları hanedanlığınız üzerinde*" bkz. **Machiavelli**, Bölüm:26, s.108.

[13] **Ağaoğulları**, s.354-355.

[14] **Rousseau** (2010), Kitap:1, Bölüm:7, s.55.

[15] **Rousseau** (2010), Kitap:1, Bölüm:7, s.56.

katıldığında *yurttaş* olarak nitelendirilmelidir. Devletin yasalarına boyun eğdiğinde ise birey, *teba* (ya da *uyruk*) olarak adlandırılmalıdır[16].

Yine düşünür tarafından önemle vurgulanan bir diğer husus ise Antik Yunan'da mevcut *site* olarak adlandırılan *devlet*in hatalı olarak *kent* kavramı ile anılmaya çalışılmasıdır. Bu hatalı terminolojik kullanım, bireyi ya da insanı önceleyen bir yaklaşımla reddedilmektedir. Şöyle ki *Rousseau'ya* göre *site*, yurttaşlar tarafından oluşturulmaktadır. Buna karşın *kent* ise evlerden ibarettir[17]. Dolayısıyla *Rousseau* devleti, geçmişten bu yana insan unsuru sayesinde ortaya çıkan bir siyasal bütün olarak nitelendirmektedir. Diğer bir ifadeyle düşünür, *insan merkezli* bir yaklaşımla *halk* ve/veya *millet* kavramına yönelmektedir.

Rousseau tarafından öne sürülen düşüncelerin, *halk egemenliğini* mi *millî egemenliği* mi betimlediği konusu öğretide tartışmalara neden olmuştur. *Mosca*, *Rousseau*'nun millî egemenlik değil, halk egemenliğini işaret ettiğini savunmaktadır[18]. *Burdeau*'ya göre, *Rousseau*'nun genel iradenin toplum içinde yaşayan kişilerin iradelerinden ayrı olduğunu savunması nedeniyle *Rousseau* düşüncesinde, *millî irade* ve *millî egemenlik* sonucuna ulaşabilmek mümkündür. *Derathé*, *Capitant*, *Lacharriére* ve *Vedel* ise aksine *Rousseau*'nun, *temsili* reddetmesine dayanarak, yalnızca *halk egemenliği*ni savunduğunu kabul etmektedirler[19]. Günümüzde ise halk egemenliği ile millî egemenlik arasındaki farkın pratikte önemini yitirdiği kabul edilmektedir[20]. Fransız Anayasasının halk ege-

---

16 **Rousseau** (2010), Kitap:1, Bölüm:6, s.54.

17 **Rousseau** (2010), Kitap:1, Bölüm:6, s.54, dn.*.

18 *Mosaca*'ya göre "…Rousseau, özel hukukun ilkelerine dayanarak, halk egemenliğinin devredilemez, bölünemez ve mutlak olduğu düşüncesini ileri sürer. Böylece de ulusun egemen haklarını bir defalığına bir azınlığa ya da bir hanedana devrettiği, onun için bunları meşru olarak geri alabileceği iddiasında bulunan yazarların bu iddialarını doğrudan doğruya ve dolayısıyla çürütür." İfadeleri ile *Rousseau*'nun halk egemenliğini işaret ettiğini savunmaktadır. Bkz. **Mosca, Gaetano** (1936) Histoire Des Doctrines Politiques Depuis L'antiquite, (Çeviren: Tiryakioğlu, Samih (1968) Siyasî Doktrinler Tarihi: Eski Çağlardan Günümüze Kadar, 2. Baskı, İstanbul, Ekin), s.188-189.

19 **Sarıca**, s.86.

20 Teorik bakımdan yaklaşıldığında ise *millet* ile *halk* kavramları arasındaki anlam farklılığından başlamak suretiyle iki yaklaşımın (teorinin) farklı ve önemli ayrımlarının bulunduğu kabul edilmektedir. Kısaca hatırlatmak gerekirse; millî egemenlik teorisi, soyut bir kavram olan *millet* nedeniyle temsili zorunlu kılmaktayken, halk egemenliğinin temsil kurumunu kabul etmemesi söz konusudur. Yine millî egemenlik yaklaşımı *temsili vekalet* anlayışı ile bağdaşırken, halk egemenliğinin *emredici vekalet* anlayışı ile uyumlu

menliği ile millî egemenliği bağdaştırması da yine bu durumun somut bir görünümü niteliğindedir[21]. Benzer biçimde 1982 Anayasası, m. 6 kapsamında açıkça millî egemenlik ilkesini benimsemiş olmakla birlikte, teoride halk egemenliğinin bir aracı olarak görülen *halk oylaması* kurumuna da (m. 175 kapsamında) yer vermektedir[22]. Dolayısıyla günümüzde halk egemenliği de millî egemenlik de aslında tek bir ortak şeyi vurgulamaktadır. Bu vurgu, egemenliğin ve siyasal iktidarın kaynağının halka dayandığı söylemindeki *demokratik yaklaşım* ya da *demokrasi* vurgusudur[23]. Bu bakımdan düşünüldüğünde *Rousseau*'nun devlete yönelik yaklaşımında, millet ya da halk olarak anılması mümkün olan insan unsuruna büyük önem atfettiğini ve böylece *demokratik* bir tutum sergilediğini söylemek mümkündür.

İnsan merkezli, demokratik bir yaklaşımda bulunan *Rousseau*'nun *eşitlik* konusundaki yaklaşımı da düşün dünyası bakımından büyük önem arz etmektedir. Düşünüre göre, özgürlüğe giden yol eşitlikten geçmektedir[24]. Diğer bir ifadeyle özgürlük için öncelikle kişiler arasında eşitliğin tesis edilmesi gerekir. Bu eşitlikle kastedilen şey ise *hukuki eşitliktir*[25]. Düşünür tarafından eşitlik, *güç*

olduğu kabul edilmektedir. Bu durumun doğal bir uzantısı olarak temsilin niteliği de iki yaklaşım bakımından farklılaşmaktadır. Millî egemenlik anlayışına göre temsilciler tüm milleti temsil ederler. Halk egemenliğinde ise temsilci kendisini seçen kişilerle sınırlı bir temsil işlevi üstlenir. Bir diğer farklılaşma da oy hakkı boyutunda karşımıza çıkmaktadır. Buna göre *millî egemenlik teorisi*ne göre oy kullanımı bir *yetki* olarak görülürken, halk egemenliği yaklaşımı oy kullanmayı bir *hak* olarak niteler. Son olarak halk egemenliği teorisi halkın iradesine yönelik her türlü dış müdahaleyi reddetmektedir. Bu bağlamda anayasa yargısı, kuvvetler ayrılığı, çift meclis sistemi gibi denetim ve denge araçları halk egemenliğince reddedilir. Millî egemenlik teorisi ise söz konusu dış müdahalelere açık bir yaklaşımdır. Konuya ilişkin bkz. **Kapani, Münci** (2013) Politika Bilimine Giriş, 32. Baskı, Ankara, Bilgi, s.77-82; **Teziç, Erdoğan** (2018) Anayasa Hukuku, 22. Baskı, İstanbul, Beta, s.108-118; **Gözler, Kemal** (2011) Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C:1, Bursa, Ekin, s.447,669-678; **Özbudun, Ergun** (2018) Türk Anayasa Hukuku, 18. Baskı, İstanbul, Yetkin, s.88-89; **Kaboğlu, İbrahim Ö.** (2011) Anayasa Hukuku Dersleri, 7. Baskı, İstanbul, Legal, s.179-183.

21 1958 Fransız Anayasası m. 3'e göre "*Millî egemenlik temsilcileri ya da referandum (halk oylaması) yoluyla kullanmak üzere halka verilmiştir.*". Anayasanın İngilizce metni için bkz. **French Constitution 1958**, Çeviren: Constitute Project, <https://www.constituteproject.org/constitution/France_2008?lang=en> s.e.t. 23.03.2019.

22 **Özbudun**, s.89.

23 **Kapani** (2013), s.87-88.

24 **Rousseau** (2010), Kitap:2, Bölüm:11, s.99.

25 **Göze**, s.236.

ve zenginlik boyutunda mutlak bir eşitlik olarak savunulmamaktadır. Güç kullanımı konusundaki eşitlikten kasıt, her türlü *şiddetten arındırılmış* bir icra gücü anlayışının benimsenmesidir. Zenginlik konusundaki eşitlik vurgusu ise toplumdaki *varlık adaleti* olarak anlaşılmalıdır. Hiçbir yurttaş (vatandaş) kendisini satmak zorunda kalacak kadar fakir ya da bir başka vatandaşı satın alabilecek kadar zengin olmamalıdır *Rousseau*'ya göre[26].

Böylelikle düşünür, vatandaşlık statüsünün temel bir karakteristiği olarak *eşitlik* vurgusunda bulunur. Ulus devlet bakımından *Rousseau*'nun betimlediği devlette aranan niteliklere (*hukuki eşitlik*, *şiddetten arındırılmış güç* ve *varlık adaleti*) topluca bakıldığında ise tasarlanan devlet anlayışının, günümüzde benimsenen *demokratik sosyal hukuk devleti* ile (döneminin şartları çerçevesinde) bir ölçüde örtüştüğünü söylemek sanırız ki yanlış olmaz.

Rousseau, *Polonya Hükümeti Üzerine Düşünceler* (eserin tam adı *Considerations On The Government of Poland and on It's Proposed Reformation*) adlı eserinde, bir devletin varlığını sağlıklı bir biçimde sürdürebilmesi için gereken asli unsurun *yurttaşlık* (*vatandaşlık*) *duygusu* olduğunu öne sürer. Bir toplumda kişilerce yasalara saygı duyulması ve riayet edilmesi ya da vatandaşlık ödevlerinin kusursuzca yerine getirilebilmesi temelde *yurttaşlık bilinci*nin oluşturulmasına bağlıdır. Vatanını seven kişiler, devlete kendi istekleriyle hizmet ederler. Vatanperver insanlardan oluşan bir toplumda (devlette), kanunlar eksik dahi olsa amacına hizmet edecek ve iyi yurttaşlarla neticelenecektir. Zira *vatanseverlik duygusu*, kanunların etkinliğini arttırmaktadır. Diğer taraftan bir devletin gücü ve refahı ise daima *iyi yurttaşla*r*a* (*vatandaşla*r*a*) bağlı bulunmaktadır[27].

Böylece *Rousseau*, güçlü devletin formülünü vermektedir. Buna göre *güçlü devlet*, *iyi* (*vatansever*) *yurttaşlara sahip olan devlet*tir. Peki bu tip bir bilinç toplumsal düzeyde nasıl kazanılabilecektir? Düşünür bu soruyu da yine aynı eserinde yanıtlamaktadır. *Rousseau*'ya göre, ruhlara (insanların iç dünyalarına) ulusal bir şekil vermek ve vatanseverliği yurttaşlara aşılayabilmek için başvurulması gereken yegâne araç eğitimdir. Yine düşünüre göre, "*Her gerçek*

[26] **Rousseau** (2010), Kitap:2, Bölüm:11, s.99.

[27] **Rousseau, Jean-Jacques** (1772) Considerations on The Government of Poland and on Its Proposed Reformation, <http://www.constitution.org/jjr/poland.htm> s.e.t. 26.03.2019, s.5-6.

cumhuriyetçi anne sütü ile birlikte vatan aşkını da içer ki bu aynı zamanda hukuk ve özgürlük aşkıdır."[28]. *Rousseau*'nun eğitimle kazandırılmasını öngördüğü vatanseverlik duygusunu, hukuk ve özgürlük ile bağdaştırması anlamlıdır. Bu durum düşünürün Toplum Sözleşmesi eserinde geçen *şiddetten arındırılmış meşru güç* vurgusu ile birlikte düşünüldüğünde, *Rousseau*'nun savunduğu *ulusçuluk* (*milliyetçilik*) düşüncesinin, hukuk ile ahenkli bir yaklaşım olduğu anlaşılmaktadır.

Bir parantez açarak şunu belirtmek gerekir ki kısaca değinilen bu düşünceler, tarih sahnesine 16 ve 17'nci yüzyıllarda ortaya çıkan ve halen varlığını sürdüren *ulus devlet*i ve onun için vazgeçilmez bir yapı taşı olan *ulusçuluk* (*milliyetçilik*)[29] *düşüncesi*ni irdeleme bakımından başvurulması gereken temel bir rehber niteliğindedir. Düşünsel temelleri es geçmek suretiyle girişilen kurumsal ya da düşünsel tahlillerin hatalı değerlendirmelerle sonuçlanması kuvvetle muhtemeldir. Zira bahsi geçen tarihsel yaklaşımdan yoksun bir değerlendirme, ilgili kurum ya da düşüncenin varlık amacını ortaya koyma konusunda eksik kalacaktır. Aynı durum, ulus devlet, ulusçuluk ya da milliyetçilik bakımından da geçerlidir. Bu nedenlerle günümüz ulus devlet, ulusçuluk (milliyetçilik) ve vatandaşlık konularında girişilecek değerlendirmelerde, söz konusu düşünsel ve tarihsel temelleri akıldan çıkarmamak gerekir. Parantezi ileride tekrardan bu konuya dönecek şekilde şimdilik kapatarak makalenin asıl konusuna dönmek gerekirse, kısaca değinilen düşünsel sürecin somut yansımalarına Fransa tarihinde rastlanmaktadır.

II. FRANSA'DA ULUSÇU (MİLLİYETÇİ) MUTLAK MONARŞİDEN HALK YA DA MİLLET EGEMENLİĞİNE GEÇİŞ

Ulusçuluk ya da *milliyetçilik* düşüncesinin ilk izlerine, Orta Çağ'ın ikinci yarısında mevcut birleşmiş ya da birleşme sürecinde olan krallıklarda rastlanmaktadır. Orta Çağ krallıklarının farklı coğrafyalara yayılmış olmaları ve bu

[28] **Rousseau** (1772), s.9.

[29] *Giddens*, ulusçuluğu ya da milliyetçiliği kullanırken "*…asıl olarak psikolojik bir olayı -bireylerin bir politik düzenin üyeleri arasındaki toplumsallığı vurgulayan semboller ve inançlar dizisini-…*" kastettiğini ifade etmektedir. Böylece yazar kavrama, manevi bağ vurgusu ile yaklaşmaktadır. **Giddens, Anthony** (1985) The Nation-State and Violence, (Çeviren: Atay, Cumhur (2008) Ulus Devlet ve Şiddet, 2. Baskı, İstanbul, Kalkedon, s.159.

farklı coğrafyalarda yaşayan halkın farklı dillere sahip olmaları, başta millî bir ülke birliğinin kurulmasına engel olmuştur. Ancak Orta Çağ'ın ikinci yarısından itibaren milliyetçilik düşüncesine dayanan millî ülkeler oluşturulmuştur. Bunu başarabilen krallıklar, aynı dili konuşan insanların belirli coğrafi sınırlar üzerine yerleşmesi suretiyle sonuç elde edebilmişlerdir. Böylece 17'nci yüzyıl itibariyle Avrupa'da milliyetçilik, mutlak monarşi yönetimi ile bağdaştırılmıştır. *Milliyetçi monarşi* olarak adlandırılan bu siyasal sistemin en ünlü örneği ise aynı yüzyılın sonlarına doğru, yetmiş yılı aşkın bir süre (1643-1715) iktidarda kalan ünlü Fransız Kralı *14'üncü Louis* olarak gösterilir[30].

Bununla birlikte *ulusçuluk* ya da *milliyetçilik* düşüncesinin en etkili vurgusunun *1789 Fransız İhtilali* ile ortaya konduğunu söylemek mümkündür. *1789 İhtilali* öncesi dönemde Fransa[31] *mutlak monarşi* yöntemi altında bulunmaktaydı. *1789 İhtilali* neticesinde ise egemenliğin monarktan ya da monarşiden alınarak vatandaşlara devri sağlanmıştır. Bundan böyle, ulusu (milleti) oluşturan insanlar (halk), kendi kaderlerini kendileri belirleyecektir[32]. Bu açıdan bakıldığında, ulus devlet ve ulusçuluk anlayışının özünde demokratik bir karakteristiğin yattığı kolaylıkla fark edilebilmektedir. Öyle ki demokrasi, *Abraham Lincoln*'ün meşhur edebi tanımına göre, "*halkın, halk için, halk tarafından yönetimi*" değil midir?

Fransa'da egemenliğin demokratik yönde evrilmesi sürecinin öncesini de unutmamak gerekir. Bilindiği üzere, egemenlik mücadelesinde Fransa kralları hem feodal senyörlerle hem de Papalık ve Roma Cermen İmparatorluğuna karşı durmak zorunda kalmıştırlar. Neticede Fransa kralları, ülke içindeki ve dışındaki en üstün güç olmalarını ilan eden bir formül olarak *egemenlik* kavramına sarılırlar[33].

---

30 **Parkinson, C. Northcote** (1958) The Evolution of Political Thought, (Çeviren: Harmancı, Mehmet (1984) Siyasal Düşüncenin Evrimi, 2. Baskı, İstanbul, Remzi Kitabevi), s.66-67.

31 Fransa, Avrupa'nın modern devlet ya da ulus devlet yapılanmasına temel oluşturan düşünsel ve kurumsal değerlerin ortaya çıktığı öncü bir rol üstlenmektedir. Diğer bir ifadeyle Fransa'nın Kara Avrupası'nda geleneksel bir üstünlüğünün bulunduğu kabul edilmektedir. Ancak İkinci Dünya Savaşı akabinde Batı siyasetinin dümeni Kara Avrupası'ndan Amerika Birleşik Devletleri'ne geçtiği için Fransa'nın bahse konu geleneksel üstünlüğünü kaybettiği düşünülmektedir. Bkz. **Coşkun, İsmail** (1997) Modern Devletin Doğuşu, İstanbul, Der Yayınları, s.172.

32 **National Council of Educational Research and Training** (2019) India and the Contemporary World – II, Ghaziabad, New Print India, s.5.

33 **Kapani** (2013), s.59-60.

Jean Bodin tarafından kaleme alınan *Devletin Altı Kitabı* (*Six Livres de la République*) adlı eserde egemenlik kavramının ilk kez tanımlanarak sistemli bir biçimde ele alındığı kabul edilmektedir. *Bodin*, 16'ncı yüzyılda Roma tarihinden faydalanmak suretiyle çağına uygun yeni bir devlet modeli tasarlama amacı güder. Bu yolda *Aristocu* bir yaklaşımda bulunur. *Bodin*'e göre tehlikeli olarak görülen dünya düzeninde, devletin (Fransa'nın) varlığını sürdürebilmesi için egemen bir yasa koyucuya ihtiyaç vardır. *Bodin*, böyle bir devletin demokrasi, monarşi ya da aristokrasi şeklinde yönetilebilmesini mümkün görse de ona göre en iyi yöntemi modeli *Fransız monarşisi*dir[34]. *Bodin*'in egemenlik teorisi, dönemin parçalanmış güç mücadelesinde amacına hizmet ederek monarşinin yerini sağlamlaştırmıştır. Ancak bu durum ilerleyen dönemde *Fransız İhtilali*'nin yaşanmasına engel olamayacaktır.

Fransız İhtilali'nin temelini, Amerikan Devrimi'nde olduğu gibi monarşinin aşırılıklarına dayandırmak mümkündür. *14'üncü Louis*'den itibaren tahta çıkan monarkların müşterek bir biçimde genişleme politikasını benimsemeleri ve Amerikan Devrim Savaşları'nda yapılan askeri kaynaklı harcamalar Fransız hazinesini zayıflatmıştır. Bu zayıflama, monarşinin ek vergi toplaması yoluyla aşılmaya çalışıldığında ise monarşinin egemenliği sorgulanmaya başlamıştır[35]. Neticede *1789 İhtilali* yaşanarak egemenlik konusundaki demokratik dönüşüm gerçekleşir. Diğer taraftan bu dönüşüm süreci aynı zamanda milliyetçilik mecrası bakımından da demokratik bir evrilme olarak kabul edilmelidir. Başta mutlak monarşi ile bağdaşan milliyetçilik düşüncesi, 1789 İhtilali ile birlikte benimsenen halk ya da millet egemenliği anlayışı çerçevesinde artık, demokratik yönetim (demokrasi) ile örtüşür bir niteliğe bürünmektedir.

Kısaca yaşanan dönüşüm sürecine bakıldığında, Orta Çağ'a kadar dayanan ulusçuluğun (ya da milliyetçiliğin) başta mutlak monarşilerin merkezi otoritesine hizmet eden bir araç olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır. Mutlak monarşi yönetiminin aşırılıklarına bir tepki olarak düşün dünyasında ortaya atılan demokratik düşünceler zamanla gelişme göstermiştir. Bu gelişimin somut neti-

[34] **Harding, Alan** (2011) Medieval Law and the Foundations of the State, 1. Baskı, New York, Oxford University Press, s.318-319.

[35] **Sander, Oral** (2013) Siyasi Tarih: İlkçağlardan 1918'e, 25. Baskı, Ankara, İmge, s.161-163.

cesi olarak yaşanan 1789 İhtilali'nde ise ulusçuluk demokrasi yönünde evrilmiştir. İhtilal ile birlikte ulusçuluğun demokrasiye hizmet eden bir araca dönüşmesi söz konusudur. Bu somut dönüşüm, düşün dünyasındaki paraleli ile ahenkli bir dönüşümdür. Yukarıda kısaca değinildiği üzere, *Machiavelli*'nin ulusçuluk anlayışında, dönemin İtalyası'nda mutlak monarşi desteklenmektedir. 18'inci yüzyıla gelindiğinde ise *Rousseau* düşüncesinde ulusçuluk, mutlakiyetten demokrasi boyutuna taşınmaktadır. Böylece ulusçuluk (milliyetçilik) düşüncesinin 18'inci yüzyıl itibariyle demokratik bir nitelik kazandığını söylemek mümkündür.

Şunu da belirtmek gerekir ki kısaca değinilen bu olumlu dönüşüm aynı zamanda, ulusçuluğu ya da milliyetçiliği varlığının merkezinde temel bir unsur olarak barındıran ulus devlet bakımından da demokratik bir dönüşüm şeklinde yorumlanabilir. Bu dönüşüm ise hem düşünsel hem de uygulama boyutunda nihai görülebilecek bir değişim değildir. Öyle ki demokrasi gibi aynı zamanda bir idealin ifadesi olan dinamik ve belirsiz bir kavramla bağlantılı bulunmaları dahi tek başına ulusçuluğu ve ulus devleti olumlu ya da olumsuz sürekli bir dönüşüme tabi kılmaktadır. Aşağıda kısaca ortaya konulmaya çalışıldığı üzere, tarihi yaklaşım bu görüşü doğrulamaktadır.

III. ULUSÇULUĞUN (MİLLİYETÇİLİĞİN) VE ULUS DEVLET DÜŞÜNCESİNİN AVRUPA'DAKİ YÜKSELİŞİ

19'uncu yüzyıl Avrupası'nda *ulusçuluk* (*milliyetçilik*) düşüncesinin yükselişi olgusu, dönemin temel bir özelliği olarak önem arz etmektedir. Fransa'da 1830 ve 1848 Devrimleri; dönüşen ekonomik üretim şeklinin ortaya çıkardığı yeni işçi sınıfın artan sorunları yanında, liberalizm ile eşgüdümlü olarak yükselen ulusçuluk akımının etkisiyle yaşanmıştır. Söz konusu ikili gücün (liberalizm ve ulusçuluğun) bu dönemdeki etkisi Fransa ile sınırlı kalmamıştır. Aynı dönemde İtalya'da, Almanya'da ve Macaristan'da yaşanan ayaklanmalar da yine liberal ulusçuluk temeline dayandırılmıştır. Bu bağlamda 19'uncu yüzyılda ulusçuluk düşüncesinin liberalizmin doğal bir sonucu olarak yükselişe geçtiği kabul edilmektedir[36].

[36] **Sander** (2013), s.188-190.

Milliyetçiliğin yükselişinin açıkça gözlendiği ülkeler arasında Almanya dikkat çekicidir. 19'uncu yüzyılda Almanya'da geliştirilen milliyetçilik düşüncesi, geçmişteki *Napolyon* saldırılarından kaynaklı, Fransa karşıtı bir tutum olmakla birlikte, anti-kozmopolit bir duruş olarak da nitelendirilmektedir. Bu bağlamda *Fitche* tarafından savunulan milliyetçilik düşüncesi, Almanca dilini konuşan tüm devletleri tek bir çatı altında toplamayı amaçlamaktadır. Düşünür, *üstün* Alman milletinin kendi içinde varlığını sürdürebilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bahse konu *otarşi* savunması, ekonomik boyutta *dışa kapalı bir ticarete* kadar uzanmaktadır. Daha da öteye giden *Fitche*, toplumun mükemmel ahlâk yapısının korunması gerekçesiyle Alman ülkesinin kapılarının turistlere kapatılması gerektiğini de önermektedir[37].

Fitche düşüncesi, 20'nci yüzyılda, iki savaş arası dönemde yükselişe geçecek olan Alman ırkçılığının öncü temelleri olarak yorumlanabilir. Diğer taraftan Fransa ile Almanya arasındaki uluslararası gerilimin, her iki tarafta karşılıklı olarak doğurduğu hasmane duyguların ortak çıktısının milliyetçilik düşüncesinde birleşmesi dikkat çekicidir. Bu durum milliyetçilik düşüncesinin yükseliş dönemlerinde ilgili coğrafyada hızla yayılabilmesi yönünde bir karakteristiğe sahip olduğunun da somut bir örneği olarak gösterilebilir.

Bilindiği üzere Birinci Dünya Savaşı'nın başlamasına neden olan somut ve *görünürdeki sebep*, Avusturya Macaristan İmparatorluğu Veliahdı *Franz Ferdinand*'ın, *Sırp milliyetçiliğine dayalı olarak* suikasta uğraması ve bunun sonucunda ölmesidir[38]. Diğer bir ifadeyle Birinci Dünya Savaşı'nın nedeni görünürde, *milliyetçilik düşüncesi*ne dayanan bir suikast eylemi olarak kabul edilebilmektedir. Diğer taraftan devletler arasındaki çıkar çatışmasında dahi, ulusçuluk ya da diğer ifadeyle milliyetçilik düşüncesinin yükselişini esaslı bir neden olarak kabul etmek gerekir. Öyle ki ulus devletlerin dış politikada daha saldırgan olmalarına yol açan asıl saik, ulus çıkarlarının öncelenmesinden başka bir şey değildir. Aslında bu durum ulus devlette, devlet çıkarları ile ulus çıkarlarının özdeşleşmesinden ileri gelmektedir.

---

[37] **Mosca**, s.298.

[38] *Görünürdeki sebep* ifadesi bilinçli bir vurgudur. Zira Birinci Dünya Savaşı'nın mutlak ve kesin olarak tek bir sebebe dayandığını iddia etmek pek gerçekçi bir yaklaşım olmaz. Dönemde biriken gerilimin, görünürdeki sebep haricinde ve belki de daha etkili başkaca devletler arası çıkar çatışmalarından kaynaklanmadığını düşünmek pek mümkün değildir. *Sander*, söz konusu çok boyutlu olaylar zincirini özet olarak, anlaşılır şekilde ortaya koymaktadır. Konu için bkz. **Sander** (2013), s.354-356.

Birinci Dünya Savaşı'nın başından itibaren etkili bir fenomen olan ulusçuluk ya da ulus devlet anlayışının yükselişi olgusu, İkinci Dünya Savaşı'na kadar uzanan tarihi süreç içinde yükselişini sürdürmüştür. Bu durum daha ziyade Birinci Dünya Savaşı sonrasında İtalya, Fransa ve İngiltere gibi galip devletlerin dahi ekonomik bir dar boğaza girmelerine bağlanabilmektedir. Galip devletlerin içinde bulunduğu ekonomik kriz ortamının yanı sıra, savaşın asıl mağlubu olan Almanya'nın yaşadığı ekonomik sıkıntı da yine bu dönemde milliyetçilik düşüncesinin toplumsal olarak hızla benimsenmesine ve güçlenmesine uygun bir ortam sunmuştur. Nitekim İkinci Dünya Savaşı'nın temel sebeplerinden biri olarak kabul edilen, 1919 ile 1931 yılları arasındaki bahse konu ekonomik çöküntü, Almanya'da *Hitler*'in iktidara gelişini dolayısıyla da sonrasında ırkçılığa dönüşecek olan milliyetçilik düşüncesinin yükselişini kolaylaştırmıştır[39].

Adları her ne kadar Dünya Savaşı olarak adlandırılmış olsa da gerek Birinci Dünya Savaşı gerekse İkinci Dünya Savaşı aslen büyük ölçüde Avrupa merkezlidir[40]. İki savaş da özünde, Avrupa'daki ulus devletler arasında cereyan eden *ulusal* çıkar çatışmalarına dayalı çok taraflı savaşlardır. Bu açıdan bakıldığında, ulus bilincinin ya da milliyetçilik düşüncesinin ve ulus devlet düşüncesinin yükselişi olgusunun en olumsuz çıktısının Dünya Savaşları olarak gösterilebilmesi de mümkündür. Aynı şekilde bu süreçte Almanya'da, İtalya'da ve İspanya'da görülen faşist rejimlerin de yine yükselişte olan ulusalcılık ya da milliyetçilik düşüncesinden temellendiği görülmektedir. Ancak söz konusu durum tek başına milliyetçilik ya da ulusçuluk düşüncesinin tümüyle kötü bir akım olarak yaftalanmasına neden olmamalıdır. Zira soyut düşünce akımlarının aşırılıklardan kaynaklanarak amaçlarından uzaklaştırılabilmeleri ihtimali, sosyal bilimlerdeki tüm müphem ve soyut kavram ve kurumlar için geçerlilik arz eden bir risktir. Bu yorumun, yine aynı dönemde *Hitler* gibi faşist bir liderin *Weimar Anayasası*nın özgürlükçü ortamından faydalanması[41] örneği ile desteklenebilmesi mümkündür.

---

[39] **Sander, Oral** (2014) Siyasi Tarih: 1918-1994, 24. Baskı, Ankara, İmge, s.41-42.

[40] **Sander** (2014), s.117.

[41] Almanya'da Weimar Anayasası döneminde, 1920'de *Kapp Darbesi* girişimi, 1923'te ise bu kez *Hitler* tarafından başlatılan bir diğer darbe girişimi başarısızlıkla sonuçlanmıştır.

Dünya Savaşları döneminde ulus bilincinin ya da diğer ifadeyle milliyetçilik düşüncesinin yükselişi, bağımsızlık mücadelesi veren toplumların bağımsızlıklarına kavuşmaları bakımından olumlu bir etkendir. Benzer şekilde faşizme karşı verilen liberal mücadele de yine ulus bilincinden ya da milliyetçilik düşüncesinden beslenmiştir. Diğer taraftan milliyetçilik düşüncesinin faşizm ya da ırkçılık yönünde evrilmesine de yine aynı dönemde tanık olunmuştur[42].

Dolayısıyla tarih şunu ortaya koymaktadır ki ulus bilincinin, ulus devlet anlayışının ya da bir diğer ifadeyle milliyetçiliğin yükselişi, bazen iyi bazen kötü sonuçlara neden olabilmektedir. Bu itibarla ulus devletin demokratik ve liberal bir nitelik taşıyabilmesi ya da tam aksi, faşist ve antidemokratik bir niteliğe bürünebilmesi mümkündür. Bahse konu niteliksel farklılaşma ise her bir siyasal düzene ait ampirik verilere bağlı bulunmaktadır. Bununla birlikte demokrasi ve insan hakları bakımından varılan aşamada, çağdaş ulus devletlerin genel olarak demokratik olma çabası içinde bulundukları söylenebilir. Her ne kadar her bir devlet düzeni kendine has bir takım özgün nitelikler barındırsa da çağdaş ulus devletlerin genelinin sahip olduğu kabul edilen bazı ortak niteliklerin varlığından bahsedilmektedir. Bu ortak niteliklerden birinin ise *vatandaşlık* (*yurttaşlık*) olduğu kabul edilmektedir[43].

IV. ANAYASA HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN (ULUS) DEVLETİN BİR UNSURU OLARAK ANAYASAL VATANDAŞLIK

Pierson, modern devletin (ulus devletin) demokratik olma savını, *vatandaş ile devlet ilişkisi* çerçevesinde sorgulamaktadır. Yazara göre, devletin müdahaleci eylemlerini halkın iradesini temsil ediyor olma gerekçesiyle tümüyle meşrulaştırmak doğru değildir. Bununla birlikte, Avrupa'da ortaya çıkan modern devletlerin genel olarak *liberal demokrasi*ler olduklarını da kabul etmek

[42] Birinci Dünya Savaşı sonrasında, savaş sırasında yaşanan insan kayıpları Avrupa genelinde toplumlarda ulusçuluk düşüncesinin yükselişine yol açmış ve neticede uluslararası hukuk bakımından büyük önem taşıyan self determinasyon ilkesi kabul edilmiştir. Diğer taraftan *saldırgan milliyetçi akımlar* da yine aynı dönemde türemiştir. **Sander** (2013), s.396-397.

[43] *Poggi* tarafından yapılan tespite göre, çağdaş ulus devletlerin ortak özelliklerinden biri de yurttaşlıktır. **Poggi, Gianfranco** (1990) The State Its Nature, Development and Prospects, (Çeviren: Babacan, Aysun (2011) Devlet Doğası, Gelişimi ve Geleceği, 3. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları), s.39.

gerekir. Nitekim bu devletlere bakıldığında genel olarak, parlamentolar gibi *demokratik kurumlar*, *serbest piyasa ekonomisi* ve *sivil hakla*rın varlığı göze çarpmaktadır ki sayılan nitelikler devletlere *liberal demokratik* bir özellik kazandırmak için yeterli görülebilir[44].

Pierson tarafından sıralanan bu üç temel nitelik ise içerik bakımından son derece geniş bir unsurlar dizisini beraberinde getirmektedir. Örneğin demokratik kurumlardan kasıt parlamento haricinde hangi kurumların varlığı gerekir? Bu kurumların demokratik olarak nitelendirilebilmeleri için taşımaları gereken özellikler nelerdir? Ya da serbest piyasa ekonomisinin sağlanması için gereken hukuksal ve kurumsal yapılanmanın içeriği nedir? Bu gibi sorular nedeniyle *Pierson*'un *liberal demokratik* nitelemesinin bir ölçüde muğlak olduğunu söylemek mümkündür. Bu muğlaklık *Poggi* tarafından daha açık hale getirilmektedir.

Liberal demokratik bir görünümle tarih sahnesine çıkan Avrupa'daki ulus devletin çağdaş görünümünü betimlemek gerekirse, *Poggi* tarafından öne sürülen düşüncelere değinmek uygun bir yöntem olacaktır. *Poggi*, ulus devletlerin çağdaş niteliklerini şu şekilde sıralamaktadır[45]:

1) *Ulus olmak*: Bu nitelik, devletin insan unsurunun basit bir nüfus olmaktan öteye taşınması gerektiğini ifade eder. Ulus olmak, kişi ile devlet arasındaki duygusal aidiyet bağı olarak tanımlanabilir. Bu bağın (ulus olma bilincinin) sağlıklı bir şekilde kurulması, ulusal kimliği paylaşan insanlar arasındaki iletişimi ve bağı da olumlu etkiler. Bahse konu olumlu etki, ekonomik boyut dâhil olmak üzere toplumsal yapının kuvvetlenmesine hizmet edebilir.

2) *Demokratik meşruiyet*: Demokratik meşruiyet arayan devlet, eylemlerinde halkın desteğini arar. Bu desteğin elde edilmesi için halkın taleplerine kayıtsız kalamaz. Böylece meşruiyet temelinden sapmamak kaydıyla devletin destek talebi halk tarafından olumlu karşılanabilmektedir.

3) *Yurttaşlık (Vatandaşlık)*: Ulus olma ve demokratik meşruiyetin anlam kazanmasına zemin oluşturan nitelik, yurttaşlık ya da vatandaşlık olarak adlandırılan kurumdur. Yurttaşlık, devleti oluşturan insanlar arasındaki *özel*

---

[44] **Pierson, Christopher** (2004) The Modern State (Çeviren: Kutluğ, Neşet / Erdoğan, Burcu (2014) Modern Devlet, 2. Baskı, İstanbul, Chiviyazıları), s.83.

[45] Sayılan nitelikler ve bu niteliklerin kapsamı için bkz. **Poggi**, s.36-45.

*manevi bağ*ı ifade eder. Yurttaşlık sayesinde devlet ile yurttaş arasındaki ilişkide mevcut hak ve ödevlerin, insanlar arasında *genel ve eşit* olarak sahiplenilmesi sağlanır. Bu bağ beraberinde toplumsal birlikteliği pekiştirmektedir.

4) *Devlet ve hukuk*: Modern devletin artan fonksiyon alanı ile birlikte genişleyen etkinlik çerçevesi beraberinde, devlet ile hukuk arasındaki ilişkinin daha sıkı bir niteliğe bürünmesine yol açmaktadır. Günümüzde ulus devlet, neredeyse tüm eylemlerinde hukuku zorunlu bir araç olarak kullanmaktadır. Bu bağlamda egemenlik olgusunun en belirgin göstergesi yasama faaliyeti olarak örneklendirilebilir.

5) *Bürokrasi*: Bir üstte yer alan hukuk niteliğinin bir uzantısı olarak ulus devlette idari faaliyetlerin gerçekleştirilmesi için bürokratik bir organik yapılanmanın varlığı gerekir. Devletin eylem alanının zamana bağlı olarak genişlemesi, bahse konu bürokratik yapının da genişlemesine yol açmaktadır. Hukuk gibi bürokrasi de günümüz ulus devletlerinin vazgeçilmez bir unsuru olarak kabul edilmektedir.

Poggi, tarafından sayılan unsurlardan *ulus olma şartı* ile *vatandaşlık* (*yurttaşlık*) arasında sıkı bir bağ bulunmaktadır. *Poggi*'ye göre *ulus olmak*, insanlar ile devlet arasındaki bağdır. *Vatandaşlık* ise toplumu oluşturan insanlar arasındaki manevi bağ şeklinde tanımlanmaktadır. Öze bakıldığında, her iki tanım da aynı noktada birleşmektedir: Ulus devletten bahsedebilmek için aralarında ortak bir bilincin oluştuğu bir insan grubunun varlığı gerekmektedir. Vatandaşlık, bu bilinci pekiştiren *hukuki bir statü* olarak tanımlanabilir. Ulus olmak ifadesi ise daha soyut ve manevi boyuttaki bir bütünlüğün vurgusudur. Ulus bilinci, vatandaşlık statüsünün getirdiği eşit hak ve yükümlülükler sayesinde insanlar arasındaki birlikteliği kuvvetlendirmektedir. Aynı kurallara tabi, aynı yükümlülükler ve haklara sahip bulunan insanlar arasındaki manevi bağın hukuki zemindeki görünümü *vatandaşlık* şeklinde tezahür etmektedir.

Diğer taraftan vatandaşlığın devlet bakımından iki farklı boyutta büyük öneme sahip olduğunu söylemek mümkündür. İlkin, vatandaşlık devletin insan unsurunun kendi içindeki bütünlüğünü pekiştiren bir etkendir. Halk ya da millet olarak adlandırılan devletin insan unsuru, vatandaşlık sayesinde hukuki olarak *homojen* bir yapı kazanabilmektedir. İkinci boyutta ise vatandaşlık, devlet

ile halk ya da millet arasındaki ilişkideki manevi bağın kuvvetlenmesine yol açmaktadır. Böylelikle vatandaşlık sayesinde, devletin varlığı farklı boyutlarda kuvvet kazanabilmektedir. Peki vatandaşlık ya da yurttaşlık kavramından ne anlamak gerekir?

1789 İhtilali hem ulus devlet kurumuna hem de modern *ulusal vatandaşlık* düşüncesine kaynaklık etmiştir. Bununla birlikte ne ulus devlet ne de vatandaşlık, *durduk yere* (*ex nihilo*) icat edilen kavramlardır. Ulus devlet, sınırları belirlenmiş devlet kurumu çerçevesinde yüz yıllara dayanan ulus bilincinin gelişimi ile eşgüdümlü olarak ortaya çıkabilmiştir. Vatandaşlığın temelinin ise Fransız İhtilali öncesine, *ancien régime* döneminin teori ve uygulamalarına dayandığı kabul edilmektedir. Bu bakımdan modern ulusal vatandaşlığın dayandığı en önemli temellerden biri, teorik zeminde *Sieyés* tarafından dile getirilen, *kanun önünde eşitlik ilkesi*dir[46].

Vatandaşlık ya da eş anlamlı kullanımı olan *yurttaşlık* kavramının tanımı meselesi farklı yaklaşımlara konu edilebilmektedir[47]. *Liberal* yaklaşımla, vatandaşlık bir *statü*dür. Bu statü sayesinde bireyler ulus devletlerde belirli haklara sahip olabilmektedirler. Liberal görüşe göre rasyonel yurttaş kendi faydasını maksimize etme eğilimindedir. Devlet ise vatandaşın bu amacına hizmet etmek durumundadır. Liberal yaklaşımla ele alındığında, devlet ile vatandaş arasındaki ilişkide devletin vatandaşına asgari düzeyde sosyal ve ekonomik standart sağlaması beklenmektedir. Bu beklenti sosyal eşitsizliklerin tümüyle giderilmesi aşamasına ulaşmamaktadır. Bununla birlikte liberallere göre devletin en azından, ekonomik anlamda toplumun en zayıf sayılabilecek olan kesimini etkilemesi muhtemel ekonomik riskleri azaltması gerekir[48].

Toplulukçu (*komüniter*) yaklaşım ise vatandaşlık konusunda toplum menfaatinin bireysel menfaatten üstte tutulması gerektiğini, ancak kamu hizmetleri sayesinde öncelenen kamu yararı ile bireysel menfaatin arttırılabileceğini savunmaktadır. Bu bağlamda toplulukçu anlayışa göre vatandaşlığın, kamu

---

[46] **Brubaker, Rogers** (1994) Citizenship and Nationhood in France and Germany, 2. Baskı, Massachusetts, Harvard University Press, s.35-40.

[47] Bir tanıma göre *vatandaşlık*, "*devletin tek taraflı, egemenlik hakkını kullanarak, koşullarını ve hükümlerini saptadığı bir hukukî statüyü gerçekleştiren fert ile arasında kurulan bir hukukî bağ*"dır. Bkz. **Uluocak, Nihal** (1988) Türk Vatandaşlık Hukuku, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s.6.

[48] **Jones, Emma / Gaventa, John** (2002) Concepts of Citizenship: A Review, Sussex, Institute of Development Studies, s. 3.

yararına (ortak yarara) saygı ve kamu hizmetinin önemine yönelik algı gibi bir takım yurttaşlık meziyetlerinin geliştirilmesi amacı çerçevesinde tanımlanması söz konusudur[49].

Bunların haricinde *cumhuriyetçi vatandaşlık* (*civic republican*) yaklaşımı ise vatandaşlığın, müşterek toplumsal kültürden doğan ortak bir yurttaşlık kimliği olarak anlaşılması gerektiğini savunur. Cumhuriyetçi yaklaşıma göre, vatandaşlar arasında toplumsal birlik ve bütünlüğün asli unsuru olarak bireysel ödevler ya da yükümlülükler gösterilmektedir. Diğer taraftan bir genellemeye göre, cumhuriyetçi yaklaşım *katılımcı demokrasi*yi desteklerken, liberal yaklaşımın ise *temsili demokrasi*yi savunduğunu söylemek mümkündür[50]. Komüniter yaklaşımı bir kenara koyacak olursak, cumhuriyetçi yaklaşım ile liberal yaklaşımın birbirine epeyce yakın ve ayrılması güç yaklaşımlar olduğu ortadadır. Bu iki benzer yaklaşım arasındaki temel fark ise özetle şudur: cumhuriyetçi vatandaşlık anlayışı, kolektif bir kimlik anlayışına dayanan ortak bir politik projenin varlığını gerektirirken; liberal vatandaşlıkta ise kimlik ortak değil tamamen bireysel ve apolitiktir. Böylelikle liberal yaklaşımda vatandaşlık, kişisel menfaate ulaşma aracı olarak tanımlanmaktadır[51]. Cumhuriyetçi vatandaşlıkta ise birey kişisel olarak değil, toplumsal kimlik vurgusu ile tanımlanır. Cumhuriyetçi vatandaşlık bu nedenle kişiyi değil, toplumu önceleyen bir anlayış olarak nitelendirilebilir.

Anayasa hukuku perspektifi ise vatandaşlık ile devlet arasındaki bağı daha somut biçimde ortaya koyar. Bu açıdan vatandaşlık, en sade anlatımı ile devletin insan unsuru olan halk ya da millet ile arasındaki hukuki ilişkiyi ya da bağı ifade eder. Yukarıda kısaca tanımlanan liberal, cumhuriyetçi ya da komüniter yaklaşımlar vatandaşlığa dair siyasi nitelemeler olarak kabul edildiğinde, anayasal düzlemde vatandaşlığın ilgili anayasal düzene bağlı olarak farklılaşabilmesi mümkündür[52].

---

[49] **Smith, Anna-Marie** (1998) Laclau and Mouffe: The Radical Democratic Imaginary, London, Routledge, s.117-118.

[50] **Jones / Gaventa**, s.4.

[51] **Rosenfeld, Michel** (2010) The Identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture, and Community, Oxon, Routledge, s.221.

[52] Liberal bir anayasal düzende vatandaşlığın da liberalleşmesi ya da tam aksi, liberal olmayan bir anayasal düzende komüniter vatandaşlık anlayışının ortaya çıkabilmesi gibi.

Modern vatandaşlıkta ise asıl vurgunun *eşitlik*te yoğunlaştığı kabul edilmektedir. Modern anlamıyla vatandaşlık, tüm insanların doğal olarak eşit olduğu yönündeki evrensel aksiyoma dayanır. Bu yönüyle modern vatandaşlık, modern öncesi dönem anlayışından ayrılır[53]. Fransız İhtilali öncesinde, vatandaşlık kavramı ile ulus kimliği ilişkilendirilememiştir. Modern (eşit) vatandaşlık ile ulus devlet arasındaki mutlak bağ ancak İhtilal ile birlikte somutlaşabilmiştir[54].

Günümüzde geçerliliğini sürdüren *eşit vatandaşlık*, temel insan haklarını ve devlete karşı bir dizi yükümlülüğü de beraberinde getirmektedir. Bu hak ve yükümlülüklerin kapsamı ve niteliği zamana ve yere göre devletler arasında farklılık gösterebilmektedir. Ancak söz konusu hak ve yükümlülükler ilgili devletin tüm vatandaşları bakımından, eşitlik ve genellik ilkelerine uygun olarak geçerlilik arz eder. Diğer taraftan liberal ya da cumhuriyetçi vatandaşlık ayrımı gözetmeksizin vatandaşlığın günümüzdeki ortak işlevsel amacının, her bir vatandaşın kendini gerçekleştirmesine ve diğer vatandaşlarla birlikte kolektif halk yönetimine dâhil olmasına izin vermek olduğu kabul edilmektedir[55].

Anayasa hukuku bakımından vatandaşlığın farklı siyasi nitelemelere konu olabilecek şekilde düzenlenebilmesi imkân dâhilinde bulunmakla birlikte, anayasacılık düşüncesine uygun vatandaşlık anlayışının *liberal* ve *demokratik* bir görünüme sahip olması beklenir. Zira *anayasal devlet* düzenleri ile *anayasalı devlet* düzenleri arasındaki temel farklılık[56] bu iki özellikten kaynaklanmaktadır. Anayasal devlette asli amaç, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması ve kuvvetler ayrılığı ilkesinin tesisi suretiyle siyasi iktidarın sınırlandırılmasıdır. Bu sebeple anayasacılık düşüncesinin temel karakteristiğinin *liberal* ve *demokrat* olması hasebiyle çağdaş anayasal vatandaşlığın da bu niteliklere sahip olması beklenir[57].

---

53 **Rosenfeld**, s. 213-214.

54 **Habermas, Jürgen** (1996) "Citizenship and National Identity", Steenbergen, Bart Van (Editör) The Condition of Citizenship, 1. Baskı, London, SAGE, s.23-24.

55 **Rosenfeld**, s.221.

56 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi m. 16 uyarınca *hakların güvence altına alınmadığı ve kuvvetler ayrılığı prensibinin benimsenmediği bir düzende gerçek anlamda bir anayasanın bulunmadığı* kabul edilmektedir. Diğer bir ifadeyle söz konusu madde ile gerçek anlamda bir anayasanın varlığı, bahse konu iki koşulun karşılanmasına bağlanmaktadır. *Teziç* bu durumu, anayasanın *siyasî anlamı* (*niteliği*) olarak tanımlamaktadır. Bkz. **Teziç**, s.4.

57 Kaldı ki Fransız İhtilali ile icat edilen modern vatandaşlık kurumunun temeli, *hukuk önünde eşitlik ilkesi*ne dayandırılmakta ve bu bağlamda İhtilal *demokratik* olarak nitelendirilmektedir. Bkz. **Brubaker**, s.40-43.

V. TÜRKİYE CUMHURİYETİ DEVLETİ'NİN ANAYASAL DÜZENİNDE ULUS ANLAYIŞI YA DA ATATÜRK MİLLİYETÇİLİĞİ ÜZERİNE KISA BİR HATIRLATMA

Buraya kadar yapılan açıklamalar neticesinde, ulus devlet ile vatandaşlık arasında öncelikle tarihsel bakımdan müşterek kaynak paylaşımının bulunduğunu söylemek mümkündür. Diğer taraftan ulus devlet ile vatandaşlık arasında organik bir ilişkinin de bulunduğu ortadadır. Anayasa hukuku boyutunda devletin insan unsuru, hukuki bir statü olarak anayasal vatandaşlık ile büyük oranda örtüşmektedir. Bu bakımdan vatandaşlık, ulus devletin kurucu bir unsuru olarak kabul edilebilir. Ortaya konulmaya çalışılan ilişkide, *ulus bilinci* ya da diğer ifadeyle *millet bilinci* ya da *milliyetçilik* (*ulusçuluk*) *düşüncesi* büyük önem arz etmektedir. Öyle ki bu bilinç ya da düşünce hem ulus devletin oluşumu hem de vatandaşlığın ortaya çıkışında *temel birleştirici faktör* niteliğindedir.

Bu bağlamda, Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından benimsenen anayasal anlayışa da kısaca değinmek gerekir. Anayasal anlayışa geçmeden önce ise *Atatürk*'ün Türk devrim tarihini tahlil ederken izlenmesini işaret ettiği önemli bir hususu paylaşmak gerekir. *Atatürk*'e göre, "*Türk demokrasisi, Fransız Devrimi'nin açtığı yolu izlemişse de, kendine özgü ayırıcı yanlar gelişmiştir. Çünkü her ulus, devrimini kendi toplum çevresi gereklerine ve gereksinmelerine, iç durum ve konumuna, devrimini yaptığı zamana göre yapar.*"[58] *Atatürk* tarafından ifade edilen bu durum, geçmişte olduğu gibi günümüzdeki bilimsel değerlendirmeler için de önemli bir gerekliliktir. Özellikle de sosyal bilimlerde gerçekleştirilen değerlendirmelerin sağlıklı ve doğru sonuçlar verebilmeleri; yere, zamana ve ilgili taraflara bağlı, çok yönlü ve gerçekçi bir akıl yürütmeyi zorunlu kılmaktadır. Bu durum, Türk anayasal düzeninde millet ve vatandaşlık konularındaki değerlendirmeler için de geçerlilik arz etmektedir.

Bu kısa ve fakat kritik yöntemsel hatırlatma akabinde, konumuza tekrardan dönecek olursak; Türkiye Cumhuriyeti Devleti 1982 Anayasası, henüz Başlangıç kısmında millî bütünleşmeyi manevi ortak değerlere bağlayarak *Ata-*

[58] *Mustafa Kemal Atatürk*'ün 24 Temmuz 1922'de Matin Gazetesi'ne verdiği demeçten aktaran **Berkes, Niyazi** (2017) Atatürk ve Devrimler, 2. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi, s.9.

türkçü millet ya da *Atatürk milliyetçiliği* anlayışını ifade etmiştir. 1982 Anayasası m. 66, "*Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türktür.*" düzenlemesi ile vatandaşlık konusunda yine bu yaklaşımla ahenkli bir tavır ortaya koymaktadır. Buna göre Atatürkçü millet ya da Atatürk milliyetçiliği, *sübjektif millet* anlayışı ile örtüşmektedir. Bahse konu anlayış millet unsurunun oluşumu için ırk, dil, din gibi maddi, çağdışı ve ayırıcı birtakım unsurların varlığını şart koşmaz. Bu nedenle de Atatürkçü millet ya da Atatürk milliyetçiliği anlayışının birleştirici ve bütünleştirici bir etkisinin bulunduğu kabul edilmektedir[59]. Bahse konu bütünleştirici yaklaşım vatandaşlık statüsüne de açıkça sirayet etmekte, Türk vatandaşları arasındaki manevi bağın temelleri de yine Atatürkçü (sübjektif) millet anlayışına dayandırılmaktadır[60].

Atatürk milliyetçiliği politik bir ideoloji tercihi değil, anayasal düzenin ya da devletin varlığını sürdürebilmesine hizmet eden destekleyici bir anlayışın, manevi ortak bir değerin ifadesidir. Bu yönüyle ele alındığında, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin kuruluşundan bugüne söz konusu haklı ve meşru amaca hizmet ettiği de ortadadır. Diğer taraftan tarihi bir okuma yapıldığında, Ulusal Kurtuluş Mücadelesinin başarısında dahi yine bu bütünleştirici anlayışın müspet etkisi açıkça görülebilmektedir[61]. Türk Anayasa tarihine bakıldığında, benimsenen millet ya da milliyetçilik anlayışının, millet egemenliğini ve dolayısıyla da demokrasiyi desteklediği görülür. Bu bakımdan Atatürkçü millet ya da

---

[59] Bu konuda karşı görüşe sahip *Erdoğan*'a göre, "*…Bir defa, milliyetçilik günümüzün çoğulcu, çeşitlilik içeren toplumlarına uygun bir referans çerçevesi değildir. Yani, eğer toplumsal barışı amaç ediniyorsanız, milliyetçilik tam da bundan dolayı uzak durmanız gereken bir referanstır. Çoğulcu toplumlarda milliyetçilik bütünleştirici olmak şöyle dursun tam aksine bölücüdür. İkincisi, sadece milliyetçiliğe değil herhangi bir ideolojiye atıfta bulunmak zaten anayasal devlet için uygun değildir. Çünkü toplumda farklı dünya görüşü, ideoloji ve hayat tarzlarına sahip olan muhtelif gruplar vardır ve devletin gruplardan birisine karşılık gelebilecek herhangi bir ideolojik perspektifi bütün toplum için zorunlu hale getirmesi özgürlükçü ilkeyle ters düşer…*" **Erdoğan, Mustafa** (2016) "Atatürk Milliyetçiliği Türkiye'yi Bölüyor", 8 Mart 2016 Tarihli Yeni Asya Gazetesi, <http://www.yeniasya.com.tr/roportaj/ataturk-milliyetciligi-turkiye-yi-boluyor_388656> s.e.t. 04.04.2019. Bir diğer karşı görüş için bkz. **Şirin, Tolga** (2013) "Milliyetçilik İdeolojisi ve Anayasa", 24 Mart 2013 Tarihli Radikal 2, <http://www.radikal.com.tr/radikal2/milliyetcilik-ideolojisi-ve-anayasa-1126593/> s.e.t. 04.04.2019.

[60] 1982 Anayasasının Başlangıç kısmında "*Topluca Türk vatandaşlarının milli gurur ve iftiharlarda, milli sevinç ve kederlerde, milli varlığa karşı hak ve ödevlerde, nimet ve külfetlerde ve millet hayatının her türlü tecellisinde ortak olduğu…*" ifade edilmektedir.

[61] *Doğan* ve *Şit* tarafından yapılan şu değerlendirme, bizim de katıldığımız bu görüşü açıkça ortaya koymaktadır: "*…Ulusal Kurtuluş Savaşı sonunda kurulan Cumhuriyeti oluşturan insan topluluğunun homojen yapıda olmadıklarını kabul etmenin mantığını anlamak mümkün değil? Sanki Ulusal Kurtuluş Savaşı tesadüfen bir araya gelmiş insanlar tarafından yapılmış ve sonunda Türkiye Cumhuriyet Devleti Kurulmuş. Dernek kurarken bile kurucuların ortak bir amacının olması gerektiği açıktır...*" Bkz. **Doğan, Vahit / Şit, Banu** (2008) "Anayasal Vatandaşlık Kavramı", Doğan, Vahit / Tanrıbilir, Feriha Bilge / Şit, Banu (Editörler), Türk Vatandaşlığı Kanunun Tasarısı Sempozyumu (29 Şubat 2008) Bildiriler, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s.21.

Atatürk milliyetçiliğini ırkçılığa uzanabilecek derece riskli, çağdışı bir ideoloji olarak nitelemek pek gerçekçi ya da haklı bir eleştiri olarak görülemez.

Kanaatimizce (Atatürkçü millet ya da Atatürk milliyetçiliği anlayışına yönelik) bahse konu eleştiriler, millet ya da milliyetçilik kavramlarının soyut nitelikleriyle aynı zamanda bir dizi politik görüşü de işaret etmelerinden kaynaklanmaktadır. Ancak şunu unutmamak gerekir ki sosyal bilimlerdeki ya da hukuktaki birçok kavram soyut belirsiz ve kimi zaman olumlu kimi zaman olumsuz anlamlar yüklenebilecek niteliktedir. Demokrasi ve insan hakları kavramları bu durumun en somut örnekleri değil midir? Her iki kavramın da asıl amaçlarından saptırılarak farklı gayrimeşru amaçlarla kullanılabildiği tarihi bir olgu olarak kabul edilmektedir[62]. İşte bu açıdan yaklaşıldığında, Atatürk milliyetçiliği ya da Atatürkçü millet anlayışını yargılamanın kanaatimizce anayasal düzene hiçbir faydası bulunmamaktadır. Ancak zararı konusunda aynı etkisizlikten bahsedebilmek mümkün değildir. Kaldı ki anayasa hukuku perspektifinden yaklaşıldığında, yürürlükteki anayasa kurallarına saygılı olmak gibi bir ön kabulü üstlenmek gerekir. Aksi halde girişilecek tahlil anayasa hukukunun bilimsel çerçevesine değil, ilgisiz politik bir perspektife kaymaktadır[63].

VI. GÜNCEL BİR OLGU OLARAK ULUS DEVLET YA DA ULUSÇULUK (MİLLİYETÇİLİK) ANLAYIŞI İLE VATANDAŞLIK İLİŞKİSİ PARADOKSU

Günümüzde küreselleşme[64] olgusu, geçmiş dönemde kalmış olan ideolojik çatışmaların önemsizleşmesine yol açmıştır. Artık sosyalizm ile liberalizm arasındaki güç mücadelesi yerine, ulus devletler ile küresel güçler ya da bloklar arasındaki mücadeleye tanık olunmaktadır. Bu bağlamda günümüzde, küreselleşmeye karşı milliyetçilik düşüncesinin ve bununla eşgüdümlü olarak ulus devlet anlayışının yükselişe geçtiği kabul edilmektedir[65].

---

[62] İnsan haklarının korunması konusunda işlev gösteren uluslararası mekanizmaların taraflı işletilmeleri, amaçlarından saptırılmaları ve özellikle başat devletlerce politika malzemesi olarak kullanılmaları sorunu, *insan haklarının politizasyonu* olarak adlandırılmaktadır. Bkz. **Kapani, Münci** (2011) İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, 4. Baskı, İstanbul, Bilgi, s.94-96.

[63] Diğer taraftan Anayasa m. 27/2, bilim ve sanatı yayma hakkına, bu konuya ilişkin olarak açık bir *anayasal sınır* getirmektedir. *Anayasanın üstünlüğü* ve *bağlayıcılığı* ışığında, özellikle de anayasa hukuku boyutunda, söz konusu anayasal sınıra riayet edilmesi makul bir beklentidir.

[64] *Küreselleşme* kavramının çok sayıda farklı tanımı bulunmaktadır. Bu tanımların çeşitlendirilebilmesi de mümkündür. Bununla birlikte *küreselleşme* genel olarak, *toplumlar arasındaki bağlılıkları ve alışverişi arttıran, böylelikle devletler ve toplumlar arasındaki ilişkinin yoğunlaşmasına neden olan süreç* şeklinde tanımlanabilir. Konuya dair ayrıntılı bilgi için bkz. **Stegere, Manfred B.** (2003) Globalization: A Very Short Introduction, 1. Baskı, New York, Oxford University Press, s.7-13.

[65] **Erkal, Mustafa E.** (2016) Sosyoloji (Toplumbilimi), 18. Baskı, İstanbul, Der Yayınları, s.62-63.

Kışlalı tarafından tasvir edilen dünya siyasetinin ana hatlarına bakıldığında, söz konusu yükselişin nedeni daha rahat anlaşılabilmektedir. Hızlı bir kronolojik dönüşüm süreci çerçevesinde betimlenecek olursa, İkinci Dünya Savaşı sonrasında *iki kutuplu* bir dünya düzeni ortaya çıkmıştır. ABD ile Rusya'nın öncülüğünde gelişen bu iki kutuplu düzen, 1950'lerden itibaren Çin'in ve yeni bağımsızlıklarına kavuşan üçüncü dünya devletlerinin dahil olması ile *çok kutuplu* bir yapıya doğru evrilmiştir. Bununla birlikte İkinci Dünya Savaşı ile Sovyetler Birliği'nin dağılmasına (ya da 1990'lı yıllara) kadar geçen süreçte dünya siyasetinin asli dinamiği, Batı ile Doğu Blokları arasındaki güç mücadelesidir. Diğer taraftan dünya siyasetinde yaşanan bu gelişmeler, gelinen aşamada *emperyalizm* kavramının da değişimine, farklı boyutlarla daha büyük bir sorun haline dönüşmesine neden olmuştur. Başta salt askeri işgal olarak anlaşılan emperyalizm artık *kültürel* ve *ekonomik* boyutlara genişlemiştir[66]. İşte bu yeni sömürgecilik tehdidi, ulus devletlerin bağımsız varlıklarını koruyabilmeleri adına daha bilinçli ve temkinli olmalarını gerektirmektedir. Bahse konu gereklilik günümüzde yaşanan yükselen ulus bilinci ya da milliyetçilik olgusunun temeli olarak gösterilebilir. Diğer taraftan bu durum haklı olarak, vatandaşlık ile ulus devlet arasında mevcut (yukarıda izah edilmeye çalışılan) bağ yüzünden vatandaşlık statüsü bakımından da hissedilir oranda bir bilinç ya da önem yükselişi beklentisine yol açmaktadır. Zira vatandaşlık statüsünün ulus devlet ile eşgüdümlü bir eğilim seyretmesi söz konusudur. Söz konusu makul beklentinin aksine, ulus devlet ya da ulus bilincinin yükselişine rağmen, vatandaşlık statüsünün genel olarak önem kaybetmesi söz konusudur. Önem kaybı ile kastedilen anlam, vatandaşlık statüsünün kazanılması şartlarındaki dönüşümdür. İşte bu durum *ulus devlet ya da ulusçuluk anlayışı ile vatandaşlık ilişkisi paradoksu*dur.

Günümüzde dünya genelinde yükselişe geçen politik eğilime göre vatandaşlık, kimilerince *satılık vatandaşlık* (*citizenship for sale*)[67] olarak nitelendirilmekte olup, bedelle sahip olunabilen bir hukuki statüye dönüştürülmektedir. Dünya devletlerinin çeyreğinden fazlası, *yüksek gelirli bireyler*e (*high net worth individuals* ya da kısaca *HNWI*); ülkeye giriş, yerleşme ve pasaport gibi konularda kolaylık sunmakta ya da tümüyle vatandaşlık statüsünü vermektedir. Örneğin ABD, 1 milyon Dolar yatırım karşılığında kişilere *yeşil kart* vermektedir.

[66] **Kışlalı, Ahmet Taner** (2014) Siyaset Bilimi, 16. Baskı, Ankara, İmge, s.254-257.

[67] Küçük bir terminoloji önerisi olarak, *satılık vatandaşlık* ifadesi yerine daha yumuşatılmış bir niteleme olarak *servete dayalı vatandaşlık* terimi kullanılabilir.

Birleşik Krallık, 2 milyon Poundluk yatırım karşılığında ülkede kalma (yerleşme) izni vermektedir. Portekiz, 500.000 Avro karşılığında *altın oturma izni* vermektedir. Karayipler ve Pasifik'te bulunan ada devletlerinde ise vatandaşlık statüsü 250.000 Dolar civarında seyreden bedellerle elde edilebilmektedir[68].

Aynı zamanda devlet ile birey arasındaki siyasi bir bağın ifadesi olan vatandaşlığın parasal bir değer karşılığında kazanılabilmesi yönündeki güncel uygulamalar ise haklı olarak hem hukuka hem de sosyal etiğe aykırı olmakla eleştirilmektedir[69]. Diğer taraftan vatandaşlığın önemsizleştirilmesi yönündeki bahse konu hukuka ve sosyal etiğe aykırı uygulamalar anayasal düzlem bakımından da ciddi bir risk oluşturmaktadır. Bir başka ifadeyle paradoksun anayasal boyuttaki etkileri genel olarak negatif (olumsuz) niteliktedir.

VII. PARADOKSUN ANAYASAL BOYUTTAKİ NEGATİF ETKİLERİ

Günümüzde ulus devlet (ya da ulusçuluk) düşüncesinin yükselişi olgusu karşısında, bir paradoks olarak vatandaşlık kurumunun değersizleştirilmesine tanık olunmaktadır. *Servete dayalı vatandaşlık* politikalarının yaygın biçimde benimsenmesi şeklinde belirginleşen bu değer kaybının, devletlerce yapılan rasyonel bir tercih olup olmadığı tartışmalıdır. Ekonomik öncelemelerle ele alındığında, farklı açılardan vatandaşlığın da satışa konu olması gerektiği savunulabilmektedir. Gerekçeleri farklı olsa da bahse konu ekonomik yaklaşımlar özünde, vatandaşlık yoluyla ekonomik çıkar elde etmeye odaklanmaktadır[70].

Anayasa hukuku perspektifi ise başta eşitlik ilkesiyle bağdaşmaması sebebiyle servete dayalı (ya da satılık) vatandaşlık uygulamasını makul karşılayamamaktadır. Diğer taraftan anayasacılık düşüncesinin temelinde, hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması yanında, ilgili anayasal düzenin dolayısıyla da devletin varlığını koruma hedefi yer almaktadır. Zira hukuk mantığı; hak ve özgürlüklerin objektif sınırları, hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağı, kanuna karşı hile yasağı gibi bir dizi evrensel hukuk ilkesinin varlığına kaynaklık etmiştir. Aynı mantık günümüzde anayasacılık anlayışına da yansımış bulunmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, anayasaların anlam kazanabilmeleri için

---

68 **Shachar, Ayelet** (2017) "Citizenship For Sale?", Shachar, Ayelet / Bauböck, Rainer / Bloemraad, Irene / VINK, Maarten (Editörler), The Oxford Handbook of Citizenship, 1. Baskı, Oxford University Press, <http://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780198805854.001.0001/oxfordhb-9780198805854-e-34?print=pdf,> s.e.t. 05.04.2019, s.1-3.

69 **Özkan, Işıl** (2018) "Vatandaşlık Satılabilir Bir Şey Midir?", Near East University International Journal of Art, Cultures & Communications, C:1, S:1, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/572926> s.e.t. 11.04.2019, s.61.

70 Bahse konu ekonomik görüşler için bkz. **Shachar**, s.7-12.

öncelikle var olabilecekleri bir ortamın, anayasal bir düzenin varlığı gerekir. Anayasalar devletin organik yapılanmasını, devlet erkleri arasındaki ilişkileri, devlet erkleri ile vatandaşlar arasındaki ilişkileri ve hak ve özgürlükleri düzenlerken aynı zamanda, kurulan bu anayasal düzenin korunmasına ilişkin koruyucu birtakım düzenlemelere de yer verebilirler. Söz gelimi; katı anayasalarda katılık unsurunu pekiştiren bir takım özel usullere yer verilmesi, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına dair kuralların düzenlenmesi ya da kurulan anayasal düzen lehine hukuki sınırların çizilmesi gibi. Vatandaşlık konusunu da söz konusu anayasal hukuki koruma alanının bir uzantısı olarak görebilmek mümkündür. Öyle ki vatandaşlığın, egemenlik unsuru bakımından devletin varlığını güvence altına alan *hukuki bir bariyer* olarak kabul edilebileceği yukarıda izah edilmişti. Hal böyle iken vatandaşlık haklarının dışarıya karşı daha ulaşılabilir kılınması, başta egemenlik boyutuyla anayasal düzeni riske atmaktadır. Diğer taraftan aynı durumun, vatandaşlar ile devlet arasındaki manevi bağın güçsüzleşmesine neden olması da kuvvetle muhtemeldir. Vatandaşlığın manevi boyutu ise devletin insan unsuruna (millet anlayışına) doğrudan etki etmektedir. Çağdaş, birleştirici ve bütünleştirici sübjektif millet anlayışının dayandığı ortak geçmiş, ortak gelecek hedefi ve birlikte yaşama gayesi gibi unsurları paylaşan bireylerden oluşan vatandaşlar ile maddi bedel ödeyerek vatandaşlık statüsünü elde eden vatandaşlar arasında kaçınılmaz bir gerilim ve hatta kopuş yaşanacaktır. Bu gerilim başta devletin insan unsurunun ya da halkın (milletin) kendi içindeki manevi bağın sorgulanmasına ve zayıflamasına neden olabilecektir. Böylece anayasal düzene ait bütünleştirici insan unsurunun olumsuz yönde etkilenmesi söz konusu olacaktır.

Vatandaşlığın devlet maliyesine gelir elde etme amacıyla kullanılması olgusu, başta tarihsel temeller bağlamında vatandaşlık statüsünün ortaya çıkış amacı olan *eşitlik* ilkesinden bir uzaklaşma niteliğindedir. Zira daha önce değinildiği üzere, Fransız İhtilali ile icat edilen vatandaşlığın temelinde *hukuk karşısında eşitlik ilkesi*nin tesisi amacı yer almaktadır. Bu mücadele ise eski rejimin halk arasında ayrımcı bir düzene sahip olmasına yönelen bir tepki olarak başlatılmıştır[71]. Böylece eşitlik ilkesinin sağlanması amacıyla icat edilen vatandaşlığın servete bağlanması, eşitlik ilkesiyle açıkça çelişen bir durum olarak vatandaşlık kurumunun toplum nezdinde prestij kaybetmesine yol açmaktadır ki bu durum aynı zamanda devletin de prestij kaybetmesi anlamına gelir.

[71] **Brubaker**, s.35-40.

Diğer taraftan günümüzde vatandaşlığın nitelik itibariyle basit pasif bir hukuki statü olmayıp *aktif vatandaşlık* (*active citizenship*)[72] anlayışı çerçevesinde vatandaşlık haklarına işaret ediyor oluşu bu meseleyi daha da hassaslaştırmaktadır. Zira vatandaşlık statüsü, kişiye temel hak ve özgürlükler eliyle devlet karşısında hukuki bir koruma alanı oluşturmakla birlikte, siyasi hak ve özgürlükler çerçevesinde devlet yönetimine katılma imkânı da sunmaktadır. Bu durum yukarıda değinildiği üzere, günümüzdeki anayasal vatandaşlığın demokratik ve liberal yapısından ileri gelmektedir. Dolayısıyla vatandaşlık statüsünün kazanılması ile birlikte, kişinin vatandaşı olduğu devletin politik sürecine dâhil olabilmesi mümkün hale gelmektedir.

Ulus devletlerin anayasal haklardan bir kısmını (bunlar özellikle siyasi haklardır) yalnızca vatandaşlarına tanımasının belirgin bir amacı bulunmaktadır. *Vatandaşlık hakları* olarak adlandırılan söz konusu hak ve özgürlükler, devlet ile vatandaş arasındaki hukuki bağın dışa kapalı tarafını oluşturur. Bu kapalılık, ulus devletin *egemenlik unsuru*nun bir uzantısı olarak, diğer ulus devletler karşısındaki *bağımsızlığını*, onlarla olan hukuki *eşitliğini* ve iç işlerindeki *özgürlüğünü* ortaya koymaktadır. Vatandaşlık statüsü ise ulus devletin bahse konu egemenlik alanını koruyan *hukuki bir bariyer* niteliğindedir. Bu bağlamda vatandaşlık statüsünün kolayca elde edilebilir kılınması, ulus devletin egemenliğini muhafaza eden hukuki koruma alanını güçsüzleştirmek anlamına gelir. Bir devletin varlığı anayasa hukuku boyutuyla (ülke, millet ya da halk ve egemenlik olmak üzere) üç unsurun mevcudiyetine bağlı tutulduğuna göre, bu unsurlardan herhangi birini tehdit eden bir durum aynı zamanda devletin varlığını da tehdit etmektedir. Dolayısıyla egemenlik unsurunun zayıflaması, aynı zamanda devletin zayıflamasıdır. Bu sebeplerle, güncel ve yaygın devlet politikaları ile *önemsizleştirilen vatandaşlığın*, ulus devletin varlığı ya da diğer bir ifadeyle devletin anayasal düzeni bakımından büyük bir risk oluşturduğunu göz ardı etmemek gerekir.

SONUÇ

Mevcut duruma bakıldığında; bir paradoks olarak vatandaşlığın servete dayalı olarak kazanılması yönünde yaygın biçimde benimsenen devlet politikaları karşısında, ulus bilinci ve ulus devlet düşüncesinin artan bir ivme ile yükselişi, iki zıt gerilim olarak aynı anda cereyan etmektedir. Paradoksun nihai çıktısının hangi yönde olacağını henüz peşinen kestirebilmek pek mümkün değil-

[72] Aktif vatandaşlık konusunda bkz. **Habermas**, s.24-28.

dir. Bu nedenle karşımızda iki olasılık bulunmaktadır. Bunlardan ilki, ulus devlet bilincinin baskın gelerek vatandaşlık statüsünün kazanılması şartlarının güçleştirilmesidir. İkinci olasılık ise vatandaşlık konusundaki yeni trendin galip gelerek ulus devlet bilincinin zayıflaması yönündeki çıktıdır.

Geçmişe bakıldığında, milliyetçilik ya da ulusçuluk yahut ulus bilincinin yükselişe geçişinin, ulus devletlerin yaşadıkları zor dönemlere denk düştüğü anlaşılmaktadır. Yakın sayılabilecek olan geçmişe, dünya savaşları dönemine bakıldığında, ulus bilincinin özellikle ekonomik sıkıntı dönemlerinde faşizme kadar uzanabilecek ölçüde kuvvetlendiği görülmektedir. Bu çerçeveden yaklaşıldığında, paradoksun ne yönde gelişeceğinin büyük ölçüde ekonomik dinamiklere bağlı bulunduğunu söylemek mümkündür.

Diğer taraftan her devletin kendi iç dinamikleri, sosyal, ekonomik ve kültürel ihtiyaçları farklılık arz ettiğinden paradoksa ilişkin belirlenecek olan siyasi tercihlerin de farklılık göstermesi muhtemeldir. Devletler ya da daha doğru bir ifade ile hükümetler, ekonomik kaygıları önceleyerek vatandaşlık ya da millet bilinci gibi soyut temel değerleri tali konuma itme ya da aksi yönde politikalar geliştirme konusunda farklı tercihlerde bulunabileceklerdir. Ancak tüm politik tercihlerde olduğu gibi bu tercihlerin de *anayasal devlet*lere özgü *anayasal çerçeve* ile kayıtlı olarak alınmak durumunda olduğu unutulmamalıdır[73]. Bununla birlikte irdelenmeye çalışılan paradoksun genel olarak devletin anayasal düzeni bakımından türlü riskler barındırdığını bir kez daha hatırlatmak gerekir. Zira bahse konu riskli durum, anayasal çerçevede benimsenecek olan politik tercihin rasyonel sınırlarını da büyük ölçüde belirginleştirmektedir.

Bu konuda son olarak Türkiye özelinde şunu da belirtmek gerekir ki, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin kuruluş felsefesi, tarihi temelleri ve sosyo-kültürel yapısında ulus bilincinin ya da diğer bir ifade ile millî bilincin (şuurun) yeri vazgeçilemeyecek kadar hayati önemi haizdir[74]. Bu durum ise beraberinde, irdelenmeye çalışılan paradoksun tarafları arasında yapılacak olan tercihte, rasyonel bir yaklaşımın izlenmesi suretiyle ulus bilincine ya da ulus devlete öncelik verilmesi yönünde haklı bir beklenti doğurmaktadır.

---

[73] Örneğin vatandaşlığın kazanılması bakımından 1982 Anayasası m. 66/3 kapsamında kabul edilen kanunilik ilkesinin ihlal edilmemesi gerekir. *Özkan*, Türk Vatandaşlık Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m. 20 kapsamında gidilen 2017 değişikliğini, kanunilik ilkesine aykırı olduğu gerekçesi ile haklı olarak eleştirmektedir. Bkz. **Özkan**, s.69-70.

[74] Benzer görüş için bkz. **Doğan / Şit**, s.22.

KAYNAKÇA

Ağaoğulları, Mehmet Ali (2010) Ulus-Devlet ya da Halkın Egemenliği, 2. Baskı, Ankara, İmge.

Berkes, Niyazi (2017) Atatürk ve Devrimler, 2. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi.

Brubaker, Rogers (1994) Citizenship and Nationhood in France and Germany, 2. Baskı, Massachusetts, Harvard University Press.

Coşkun, İsmail (1997) Modern Devletin Doğuşu, İstanbul, Der Yayınları.

Doğan, Vahit / Şit, Banu (2008) "Anayasal Vatandaşlık Kavramı", Doğan, Vahit / Tanrıbilir, Feriha Bilge / Şit, Banu (Editörler), Türk Vatandaşlığı Kanunun Tasarısı Sempozyumu (29 Şubat 2008) Bildiriler, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.

Erdoğan, Mustafa (2016) "Atatürk Milliyetçiliği Türkiye'yi Bölüyor", 8 Mart 2016 Tarihli Yeni Asya Gazetesi, <http://www.yeniasya.com.tr/roportaj/ataturk-milliyetciligi-turkiye-yi-boluyor_388656> s.e.t. 04.04.2019.

Erkal, Mustafa E. (2016) Sosyoloji (Toplumbilimi), 18. Baskı, İstanbul, Der Yayınları.

French Constitution 1958, Çeviren: Constitute Project, <https://www.constitut eproject.org/constitution/France_2008?lang=en> s.e.t. 23.03.2019.

Giddens, Anthony (1985) The Nation-State and Violence, (Çeviren: Atay, Cumhur (2008) Ulus Devlet ve Şiddet, 2. Baskı, İstanbul, Kalkedon.

Göze, Ayferi (2013) Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, 14. Baskı, İstanbul, Beta.

Gözler, Kemal (2011) Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C:1, Bursa, Ekin.

Habermas, Jürgen (1996) "Citizenship and National Identity", Steenbergen, Bart Van (Editör) The Condition of Citizenship, 1. Baskı, London, SAGE.

Harding, Alan (2011) Medieval Law and the Foundations of the State, 1. Baskı, New York, Oxford University Press.

Jones, Emma / Gaventa, John (2002) Concepts of Citizenship: A Review, Sussex, Institute of Development Studies.

Kaboğlu, İbrahim Ö. (2011) Anayasa Hukuku Dersleri, 7. Baskı, İstanbul, Legal.

Kapani, Münci (2011) İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, 4. Baskı, İstanbul, Bilgi.

Kapani, Münci (2013) Politika Bilimine Giriş, 32. Baskı, Ankara, Bilgi.

Kışlalı, Ahmet Taner (2014) Siyaset Bilimi, 16. Baskı, Ankara, İmge.

Lien, Arnold J. (1929) "Machiavelli's Prince and Mussolini's Facism", Social Science, C: 4, S: 4.

Machiavelli, Niccolò (Tarihsiz) Le Prince, (Çeviren: İlhan, Hasan (2014) Prens, 1. Baskı, Ankara, Alter).

Mosca, Gaetano (1936) Histoire Des Doctrines Politiques Depuis L'antiquite, (Çeviren: Tiryakioğlu, Samih (1968) Siyasî Doktrinler Tarihi: Eski Çağlardan Günümüze Kadar, 2. Baskı, İstanbul, Ekin).

National Council of Educational Research and Training (2019) India and the Contemporary World – II, Ghaziabad, New Print India.

Özbudun, Ergun (2018) Türk Anayasa Hukuku, 18. Baskı, İstanbul, Yetkin.

Özkan, Işıl (2018) "Vatandaşlık Satılabilir Bir Şey Midir?", Near East University International Journal of Art, Cultures & Communications, C:1, S:1, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/572926> s.e.t. 11.04.2019.

Parkinson, C. Northcote (1958) The Evolution of Political Thought, (Çeviren: Harmancı, Mehmet (1984) Siyasal Düşüncenin Evrimi, 2. Baskı, İstanbul, Remzi Kitabevi).

Pierson, Christopher (2004) The Modern State (Çeviren: Kutluğ, Neşet / Erdoğan, Burcu (2014) Modern Devlet, 2. Baskı, İstanbul, Chiviyazıları).

Poggi, Gianfranco (1990) The State Its Nature, Development and Prospects, (Çeviren: Babacan, Aysun (2011) Devlet Doğası, Gelişimi ve Geleceği, 3. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları).

Rosenfeld, Michel (2010) The Identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture, and Community, Oxon, Routledge.

Rousseau, Jean-Jacques (1762) Du Contrat Social, (Çeviren: Şensılay, Ahmet (2010) Toplum Sözleşmesi, 1. Baskı, İstanbul, Anahtar Yayınları).

Rousseau, Jean-Jacques (1772) Considerations on The Government of Poland and on Its Proposed Reformation, <http://www.constitution.org/jjr/poland.htm> s.e.t. 26.03.2019.

Sander, Oral (2013) Siyasi Tarih: İlkçağlardan 1918'e, 25. Baskı, Ankara, İmge.

Sander, Oral (2014) Siyasi Tarih: 1918-1994, 24. Baskı, Ankara, İmge.

Sarıca, Murat (1999) 100 Soruda Siyasî Düşünce Tarihi, 8. Baskı, İstanbul, Gerçek.

Shachar, Ayelet (2017) "Citizenship For Sale?", Shachar, Ayelet / Bauböck, Rainer / Bloemraad, Irene / VINK, Maarten (Editörler), The Oxford Handbook of Citizenship, 1. Baskı, Oxford University Press, <http://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780198805854.001.0001/oxfordhb-9780198805854-e-34?print=pdf,> s.e.t. 05.04.2019.

Smith, Anna-Marie (1998) Laclau and Mouffe: The Radical Democratic Imaginary, London, Routledge.

Stegere, Manfred B. (2003) Globalization: A Very Short Introduction, 1. Baskı, New York, Oxford University Press.

Şirin, Tolga (2013) "Milliyetçilik İdeolojisi ve Anayasa", 24 Mart 2013 Tarihli Radikal 2, <http://www.radikal.com.tr/radikal2/milliyetcilik-ideolojisi-ve-anayasa-1126593/> s.e.t. 04.04.2019.

Teziç, Erdoğan (2018) Anayasa Hukuku, 22. Baskı, İstanbul, Beta.

Uluocak, Nihal (1988) Türk Vatandaşlık Hukuku, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

Uygun, Oktay (2014) Devlet Teorisi, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha.

Yetkin, Çetin (2012) Siyasal Düşünceler Tarihi-II, 3. Baskı, İstanbul, Gürer

TÜRK HUKUKUNDA ÇEVRE HAKKININ BİREYSEL BAŞVURU YOLUYLA KORUNMASI

Dr. Öğr. Üyesi Bahar KONUK SOMMER *

ÖZET

Çevrenin korunması ve geliştirilmesini amaç edinen çevre hakkına ilk kez, 1972 tarihli Birleşmiş Milletler Stockholm Konferansı sonrası ortaya konan Bildiride, insanın kendisine onurlu ve iyi bir hayat sürmeye olanak veren nitelikli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğunun öngörülmesi suretiyle yer verilmiştir. Dayanışma hakları olarak da adlandırılan üçüncü kuşak haklar arasında yer alan çevre hakkı, 1982 Anayasasının 56. maddesinde "Sosyal ve Ekonomik" haklar başlığı altında düzenlenmiştir. Anayasada 2010 yılında yapılan değişiklikle Anayasada ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenen hakların ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılması mümkündür. Her ne kadar çevre hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde açıkça düzenlenmemişse de, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, içtihat yoluyla çevre hakkını Sözleşme içerisinde düzenlenen diğer haklarla ilişkilendirerek çevrenin korunmasını güvence altına almaktadır. Anayasa Mahkemesi de çevre hakkının korunmasına yönelik önüne gelen başvuruları, sağlıklı bir çevrede yaşamayı Anayasanın 17. maddesinde düzenlenen maddi ve hakkının bir parçası olarak değerlendirmek suretiyle incelemektedir.

Anahtar Kelimeler: Çevre Hakkı, Bireysel Başvuru, Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Anayasal Çevre Koruma.

* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, bahar.konuk@yasar.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-0320-5947,
(Geliş Tarihi: 14.03.2019 – Kabul Tarihi: 02.06.2019)

THE PROTECTION OF THE RIGHT TO ENVIRONMENT THROUGH INDIVIDUAL APPLICATION IN TURKISH LAW

ABSTRACT

The right to environment, which aims to protect and improve the environment, was first mentioned in the Declaration issued after the United Nations Conference in Stockholm in 1972 by stipulating that a person has the right to live in a decent environment which allows him to live a dignified and good life. The right to environment, which is also referred to as the third generation rights, also called solidarity rights, is regulated under the heading of economic and social rights in the Article 56 of the Turkish Constitution. The amendment to the Turkish Constitution in 2010 made it possible for everyone to apply to the Constitutional Court by individual application on the grounds that one of the fundamental rights and freedoms within the scope of the European Convention on Human Rights which are guaranteed by the Constitution has been violated by public authorities. Although the right to the environment is not explicitly regulated in the European Convention on Human Rights, the European Court of Human Rights guarantees the protection of the environment by assessing the right to the environment with other rights regulated by the Convention. The Constitutional Court examines the applications for the protection of the right to environment by evaluating it as a part of the right to life and the right to protect and improve someone's corporeal and spiritual existence regulated in Article 17 of the Constitution.

Keywords: Right to Environment, Individual Application, Constitutional Court, European Convention on Human Rights, Constitutional Environmental Protection.

I. ÇEVRE HAKKININ TANIMI VE HUKUKU NİTELİĞİ

Çevre hakkı, en geniş anlamıyla çevrenin korunmasını ve geliştirilmesini amaç edinen bir haktır[2]. Çevrenin, spesifik bir hakkın konusu olarak düzenlenmesinin temelinde, günümüzde karşılaşılan çevre sorunlarının ve çevresel bozulmaların, ulusal ve uluslararası düzeyde, insan sağlığına yönelik ciddi bir tehdit haline gelmiş olması yatar[3]. Şüphesiz ki bir hak, o hakka sahip olan herkesin haktan yararlanmasını sağlayacak düzenlemelerin yapıldığı ve koruma mekanizmaları üretildiği zaman güvence altına alınmış olur. Bu nedenle çevre hakkına ilişkin düzenlemelere hem ulusal hem de uluslararası belgelerde yer verilmiştir.

Uluslararası hukuk alanında çevre hakkı ilk defa Birleşmiş Milletler Örgütü'nün 1972 tarihli Stockholm Konferansı'nda dile getirilmiştir. Konferans sonucunda ortaya konan bildirinin 1. maddesine göre, *"İnsan, onurlu ve iyi bir yaşam sürmeye olanak veren nitelikli bir çevrede, özgürlük, eşitlik ve yeterli yaşam koşulları temel hakkına sahiptir"*. Böylelikle ilk kez bir bildiride sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı karara bağlanmış, konferansa katılan devletler çevre hakkını bireysel bir hak olarak tanımışlardır. Bir başka deyişle, Stockholm Bildirisi'nin 1. maddesinde yer alan düzenleme ile insan hakları ile çevrenin korunması arasında bağ kurulmuş olmaktadır[4]. Öte yandan, çevre hakkının bir insan hakkı olarak kabulüne ilişkin öğretide, ekosantrik veya biyosentrik yaklaşım adı verilen ve çevre sorunlarına yaklaşırken insan yerine çevrenin kendisinin başlı başına bir değer olarak alınması gerektiği görüşünü savunan yazarlarca getirilen eleştiriler de vardır[5]. Bununla birlikte, günümüzde çevre hakkına ilişkin en temel ve yaygın kabulün, hakkın asıl öznesinin çevrenin kendisi olduğu, ancak bu hak yoluyla sağlanacak korumanın, insanların sahip oldukları yaşam ve sağlık hakları vasıtasıyla gerçekleştirilebileceği, dolayısıyla sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının temel bir insan hakkı olduğu söylenebilir[6].

---

[2] **Güneş, Ahmet** (2009) "Alman Çevre Hukukunun Anayasal Çerçevesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 58, S: 4, s. 783.

[3] **Özdek, Yasemin** (1993) İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı, Ankara, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları No: 249, s. 88**; Ertaş, Şeref** (2012) Çevre Hukuku ve Hayvan Hakları Hukuku, İleri, s. 81-82; **Aygörmez Uğurlubay, Gülsün** (2015) Çevreye Karşı Suçlar Türk ve Alman Hukukunda Güncel Sorunlar, Yetkin Yayınları, s. 30.

[4] **Shelton, Dinah** (1991) "The Right to Environment": Eide, Asborn/Helgesen, Jan, The Future of Human Rights Protection in a Changing World, Oslo, Norwegian University Press, s. 202.

[5] **Leib Hajjar, Linda** (2011) Human Rights and the Environment, Martinus Nijhoff Publishers, s. 28-29.

[6] **Turgut, Nükhet** (2001) Çevre Hukuku, Ankara, Savaş Yayınevi, s. 157.

Çevre hakkı, insan hakları teorisi bakımından dayanışma hakları olarak da adlandırılan üçüncü kuşak haklar arasında yer alır[7]. Çevre hakkının yanı sıra barış hakkı, gelişme hakkı ve insanlığın ortak mirasından yararlanma hakkı gibi hakların yer aldığı üçüncü kuşak haklardan kaynaklanan problemlerin üstesinden tek başına devletlerin veya insanların gelmesi mümkün değildir. Bu problemler ancak dayanışma içerisinde çözülebilir[8].

Çevre hakkının geleneksel insan haklarından önemli farklılıkları bulunmaktadır[9]. Bu farklılıkların temelinde, çevre hakkının zamansal ve yersel kısıtlamalara tabi tutulamaması yatar. Çevre hakkının zamansal kısıtlamaya tabi tutulamaması, hakkın şimdiki nesillerle birlikte gelecek nesillere de ait olmasını ifade eder. Bireyler, topluluklar, devlet ve gelecek nesiller çevre hakkının öznеleridir. Çevre hakkı bir bakıma, bugünkü nesillerle gelecek nesilleri dayanışma ve iş birliği temelinde birbirine bağlar. Öte yandan çevre hakkı yersel kısıtlamalara da tabi tutulamaz. Zira çevresel tahribat söz konusu olduğunda ortaya çıkan olumsuzlukların idari sınırlarla belirlenmesi mümkün değildir. Çevre hakkını diğer insan haklarından ayıran en belirgin özelliklerden bir tanesi de hak-ödev diyalektiği bağlamında kendini gösterir[10]. Çevre hakkından yararlananlar aynı zamanda bu hakkın muhataplarıdır. Çevre hakkı söz konusu olduğunda hak sahipleri aynı zamanda çevrenin korunması ödevini de yerine getirmekle yükümlüdürler[11].

II. ÇEVRE HAKKINA İLİŞKİN TÜRK HUKUKUNDA YER ALAN BAŞLICA DÜZENLEMELER

Çevre hakkı, 1982 Anayasası'nın "Sağlık Hizmetleri ve Çevrenin Korunması" başlıklı 56. maddesinde düzenlenmiştir. Anayasanın, "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" bölümünde yer alan 56. maddesinin çevreyle ilgili ilk fıkrasına göre; *"Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.*

---

7 **Kaboğlu, İbrahim** (1996) Çevre Hakkı, İmge Kitabevi Yayınları, s. 11.

8 **Kaboğlu** (1996), s. 12; Memiş, Emin (2015) Çevre ve Çevre İdare Hukuku, Filiz Kitabevi, s. 351-352.

9 **Turgut**, s. 164-167.

10 **Turgut**, s. 139.

11 **Yokuş Sevük, Handan** (2017) Çevre Hukuku, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, s. 22; **Kaplan, Mahmut** (2018) İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu, Ankara, Seçkin Yayınları, s. 55.

Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek devletin ve vatandaşların ödevidir". Bu düzenlemeden görüldüğü üzere, Anayasamız herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğunu öngörmek suretiyle çevre hakkını güvence altına almıştır.

1982 Anayasası'nın çevre hakkı ile ilgili temel normu 56. maddede yer alan düzenleme olmakla birlikte, bazı başka maddelerde de çevreyle ilgili düzenlemelere rastlamak mümkündür. 44. maddede toprağın korunmasına ve geliştirilmesine, 63. maddede tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunmasına ve değerlendirilmesine, 166. maddede ülke kaynaklarının verimli kullanılmasına, 168. maddede doğal zenginliklerin ve kaynakların devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğuna ve 169. maddede ormanların korunması ve geliştirilmesine ilişkin hükümler yer almaktadır.

1982 Anayasası'nın 65. maddesi, Anayasa'da Sosyal ve Ekonomik haklar başlığı altında düzenlenen hakların uygulanma olanağını kısıtlar. 65. maddede yer alan düzenlemeye göre, *"Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir"*. Bu bağlamda, çevre hakkının Anayasa'da Sosyal ve Ekonomik haklar başlığı altında düzenlenmesinin, 56. maddenin uygulanma olanağının kısıtlanması sonucunu doğurduğu söylenebilir. Öte yandan öğretide de haklı olarak belirtildiği gibi, 56. maddede yalnızca çevre hakkından değil, "sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı"ndan bahsedilmektedir. Dolayısıyla burada yer alan "sağlıklı ve dengeli bir çevre ifadesini", klasik temel haklardan olan yaşam hakkı ile birlikte yorumlayarak söz konusu kısıtlamanın aşılması mümkün gözükmektedir[12].

2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 3. maddesinin (e) bendinde de "çevre hakkından" bahsedilmektedir[13]. Bu düzenlemeye göre, *"Çevre politikalarının oluşmasında katılım hakkı esastır. Bakanlık ve yerel yönetimler; meslek odaları, birlikler, sivil toplum kuruluşları ve vatandaşların çevre hakkını kullanacakları katılım ortamını yaratmakla yükümlüdür"*.

[12] **Turgut**, s. 139.

[13] http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2872.pdf Erişim Tarihi: 12.03.2019.

III. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE ÇEVRE HAKKI

Çevre hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) veya Sözleşme'ye ek protokollerde özel olarak düzenlenmiş değildir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), çevre hukukunun gelişimine ve çevresel sorunların artmasına paralel olarak, geliştirmiş olduğu içtihatlarla, Sözleşmenin çevre hakkının gelişimi ve çevrenin korunması açısından önemli bir hukuki araca dönüşmesini sağlamıştır[14].

AİHM, çevre konusuna iki farklı açıdan yaklaşmaktadır[15]. İlk olarak, Mahkemeye göre çevrenin korunması, taraf devletlerin Sözleşme ile garanti altına alınan bazı haklar bakımından öngördüğü sınırlamaları haklı kılabilir. Çevrenin korunması amacıyla getirildiği için Mahkemece meşru kabul edilen bu sınırlamalar, özellikle mülkiyet hakkı ve özel hayatın korunması hakları bakımından söz konusu olur. Fredin v. İsveç Kararı'nda Mahkeme, çevreyi koruma amacıyla çıkarılan bir yasa gereği, özel bir şahsa ait kum ve çakıl ocağının faaliyetlerinin durdurulmasını, Sözleşmeye ek 1 No'lu Protokolün 1. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkının ihlali olarak görmemiştir[16].

AİHM'in çevrenin korunmasına asıl katkısı, Sözleşmede yer alan bazı hakların çevre hakkı ile birlikte yorumlanması suretiyle gerçekleşmektedir[17]. Bu bağlamda AİHM tarafından en sık başvurulan hak, Sözleşmenin 8. maddesinde düzenlenen özel hayat ve aile hayatının korunması hakkıdır. Mahkeme özellikle, sanayi atıklarından veya çöp istasyonlarından kaynaklanan kirlilik ve gürültü ve ses kirliliğini kişinin özel hayatı ve aile hayatını ihlal eden bir müdahale olarak nitelendirilmektedir. Ostra v. İspanya Kararı'nda Mahkeme, çevre kirliliğinin, kişilerin sağlığını tehlikeye atmasa bile, esenliklerini olumsuz olarak etkileyebileceğini ve bunun da 8. maddenin ihlali olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir[18]. Bir başka deyişle AİHM, 8. maddenin uygulanabilmesi

---

[14] **Duymaz, Erkan** (2012) "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çevrenin Korunmasına Katkısı", İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, S: 47, s. 123. **Harris, D.J/O'Boyle, M/Bates, E.P/Buckley, C.M** (2013) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, 1. Baskı, Avrupa Konseyi, s. 397.

[15] **Duymaz**, s. 125.

[16] Fredin v. İsveç, Başvuru No: 12033/86, 18.02.1991. https://hudoc.echr.coe.int/ Erişim: 19.02.2019.

[17] **Mowbray, Alistar** (2007), Cases and Materials on the European Convention on Human Rights, 2. Baskı, Oxford University Press, s. 546-552; **Güneş** (2014), s. 88.

[18] **Güneş** (2014), s. 89.

için başvuranların gündelik hayatları bakımından ağır bir tehlike halinin varlığını aramamakta, başvuranların sağlığı, özel hayat ve aile hayatı bakımından ciddi bir tehlike oluşturabilecek ağır çevresel ihlallerin varlığı bu maddenin uygulanması bakımından yeterli görülmektedir. Benzer şekilde, Guerra ve Diğerleri v. İtalya[19], Giocornelli v. İtalya[20], Fadeyeva v. Rusya[21], Tatar v. Romanya[22], Dubetska ve Diğerleri v. Ukrayna[23], ve Apanesewicz v. Polonya[24] Kararlarında da endüstriyel kirliliğin özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkını ihlal ettiği hüküm altına alınmıştır. Endüstriyel kirliliğin konu edildiği bu kararların ortak özelliği, başvuranların devletin bu hakka mündemiç olan yasadışı faaliyetlerin kontrol altına alınması, bu faaliyetlerin sorumlularının ortaya çıkarılması veya sorumlulara karşı herhangi bir yaptırım uygulanmaması gibi yükümlülüklerin ihlali suretiyle ciddi bir kirliliğe maruz bırakılmış olmalarıdır. Öte yandan Sözleşmede temiz ve sessiz bir çevrede yaşama hakkı şeklinde bir hak güvence altına alınmadığı için, özel hayat çerçevesinde korunan hukuksal çıkarlar üzerinde doğrudan ve ciddi bir etkisi bulunmayan, manzara hakkı veya güzel bir çevrede yaşama hakkı gibi çevresel hakların Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında değerlendirilmesi söz konusu değildir[25].

AİHM'ne göre, gürültü kirliliği de AİHS'nin 8. maddesinin kapsamında bir müdahale olarak değerlendirilebilir. Mahkeme konuya ilişkin olarak Powell ve Rayner v. Birleşik Krallık Kararında[26], uçaklardan kaynaklanan gürültünün, havaalanı yakınlarında oturanların yaşam kalitesini düşürdüğü gerekçesiyle, söz konusu durumu başvuranların özel hayat ve aile hayatlarına yönelik bir müdahale olarak değerlendirmiştir. Mahkeme tarafından benzer bir saptama Hatton ve Diğerleri v. Birleşik Krallık[27] ve Moreno Gomez v. İspanya[28] Kararlarında

---

19 Guerra ve Diğerleri v. İtalya, Başvuru No: 116/1996/735/932, 19.02.1998. https://hudoc.echr.coe.int/ Erişim:19.02.2019.

20 Giocornelli v. İtalya, Başvuru No: 59909/00, 26.03.2007. https://hudoc.echr.coe.int/ Erişim: 21.02.2019.

21 Fadeyeva v. Rusya, Başvuru No: 55723/00, 09.06.2005. https://hudoc.echr.coe.int/ Erişim: 20.02.2019.

22 Tatar v. Romanya, Başvuru No: 67021/01, 06.07.2009. https://hudoc.echr.coe.int/ Erişim: 21.02.2019.

23 Dubetska ve Diğerleri v. Ukrayna, Başvuru No: 30499/03, 10.05.2011. https://hudoc.echr.coe.int/ Erişim: 20.02.2019.

24 Apanesewicz v. Polonya, Başvuru No: 6854/07, 03.05.2011. https://hudoc.echr.coe.int/ Erişim:19.02.2019.

25 Krytatos v. Yunanistan, Başvuru No: 41666/98, 22.5.2003. https://hudoc.echr.coe.int/ Erişim: 21.02.2019.

26 Powell ve Rayner v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 9310/81, 21.02.1990. https://hudoc.echr.coe.int/ Erişim: 19.02.2019.

27 Hatton ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 36022/97, 08.07.2003. https://hudoc.echr.coe.int/ Erişim: 16.02.2019.

28 Moreno Gomez v. İspanya, Başvuru No: 4143/02, 16.11.2004. https://hudoc.echr.coe.int/ Erişim: 21.02.2019.

da yapılmıştır. Hatton ve Diğerleri v. Birleşik Krallık Kararında yine uçaklardan kaynaklanan gürültü nedeniyle ihlal kararı verilirken, Moreno Gomez v. İspanya Kararında ise yerel makamların ulusal mevzuata aykırı olarak gürültü kirliliğine neden olan bar ve diskoteklere işletme izni vermesi nedeniyle, başvuranların konut haklarının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

AİHM'nin çevre hakkı ile bağlantılı olarak değerlendirdiği bir diğer hak AİHS'nin 2. maddesinde düzenlenen yaşam hakkıdır. Mahkeme'ye göre yaşam hakkı, taraf devletleri, kişiyi yaşamından mahrum etmeme yükümlülüğünün yanı sıra kişilerin yaşamlarının korunması için gerekli pozitif edimlerde bulunma yükümlülüğü altına da sokar. Bu bağlamda, devletler çevresel felaketlerin neden olabileceği riskleri ortadan kaldırmak için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür ve bu risklerin gerçekleşmesi neticesinde meydana gelen ölüm olayları AİHM tarafından yaşam hakkına yönelik bir müdahale olarak değerlendirilir. Mahkeme Öneryıldız v. Türkiye Kararında[29], çöp istasyonunda gerçekleşen metan gazı patlaması sonucunda yakınlarını ve evini kaybeden bir kişinin yaptığı başvuruyu kabul ederek, Türkiye'nin Sözleşme'nin 2. maddesini ihlal ettiğini saptamıştır. Mahkeme'ye göre, somut olayda kamusal makamların patlama tehlikesinin varlığını öngören raporların varlığına rağmen gerekli tedbirleri almaması, patlamanın nedenlerinin ve sorumluların etkili bir şekilde soruşturulmaması devletin yaşam hakkının korunması bağlamında üzerine düşen pozitif edim yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmediği anlamına gelmekte olup, yaşam hakkının ihlali sonucunu doğurur[30].

AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı da çevre ile ilgili davalarda çevre hakkı ile birlikte gündeme gelen haklardandır. Adil yargılanma hakkı, bireyin kendiliğinden kullandığı, esasa ilişkin haklardan farklı olarak, uyuşmazlıkların hakkaniyete uygun bir biçimde çözülebilmesi için oluşturulan adalet mekanizması önünde kullanılabilecek, usule ilişkin birtakım güvenceler getirir. Sözleşmede yer alan düzenlemeye göre, *"Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir"*. AİHM, sağlıklı ve

[29] Öneryıldız v. Türkiye, Başvuru No: 48939/99, 30.11.2004. https://hudoc.echr.coe.int/ Erişim: 18.02.2019.
[30] Öneryıldız v. Türkiye, Başvuru No: 48939/99, 30.11.2004. https://hudoc.echr.coe.int/ Erişim: 18.02.2019.

dengeli bir çevrede yaşama hakkının da 6. madde ile korunan medeni haklardan olduğunu kabul etmektedir[31]. Mahkemeye göre, usulüne uygun olarak verilmiş mahkeme kararlarına idare tarafından uyulmaması[32], alınan idari kararlara karşı yargı yolunun kapalı olması[33] gibi durumlarda 6. madde ile güvence altına alınmış olan adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş olur.

Çevresel sorunlarla ilgili olarak önem arz eden bir diğer hak, AİHS'nin 1 No'lu ek protokolünün 1. maddesinde güvence altına alınmış olan mülkiyet hakkıdır. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi AİHM, çevrenin korunmasını kamu yararının haklı gereklerinden biri olarak kabul etmekte ve mülkiyet hakkı gibi bazı hakların çevrenin korunması gerekçesiyle sınırlanabileceğini düşünmektedir. Öte yandan sınırlı ve dolaylı bir biçimde de olsa, Mahkeme tarafından bazı durumlarda çevre hakkının ihlali, mülkiyet hakkının ihlali ile birlikte değerlendirilmiştir. Bu duruma ilişkin yine Öneryıldız v. Türkiye Kararı örnek olarak gösterilebilir. İlgili kararda Mahkeme, çöplükte gerçekleşen patlamada her ne kadar evini kaçak olarak inşa etmiş olsa da, evini ve eşyalarını kaybeden başvuranın, bu duruma devlet tarafından göz yumulmuş olduğundan, mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir[34].

IV. BİREYSEL BAŞVURUYA İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR

Bireysel başvuru, temel hak ve hürriyetleri, kamu gücünün işlem, eylem veya ihmalleri nedeniyle ihlal edilen bireylerin, olağan kanun yollarını tükettikten sonra başvurdukları istisnai ve ikincil nitelikte bir hak arama yoludur[35].

Anayasa şikâyeti olarak da adlandırılan bireysel başvuru, anayasa yargısının, temel hak ve hürriyetlerin korunması ve anayasal düzenin sağlanması işlevlerinin yerine getirilmesine hizmet eder[36].

---

31 **Güneş** (2014), s. 92.

32 Taşkın ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru No: 46117/99, 10.11.2004; Okyay ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru No: 36220/97, 12.07.2005; Öçkan ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru No: 46771/99, 28.03.2006. https://hudoc.echr.coe.int/ Erişim: 18.02.2019.

33 Zander v. İsveç, Başvuru No: 14282/88, 25.11.1993. https://hudoc.echr.coe.int/ Erişim: 18.02.2019.

34 Öneryıldız v. Türkiye, Başvuru No: 489/39, 30.11.2004. https://hudoc.echr.coe.int/ Erişim: 18.02.2019.

35 **Ekinci, Hüseyin/Sağlam, Musa** (2012) 66 Soruda Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, Ankara, s. 9; **Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi** (2018) 18. Baskı, İstanbul, Beta, s. 558.

36 **Göztepe, Ece** (1998) Anayasa Şikâyeti, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 530, s. 17; **Kaboğlu, İbrahim** (2007) Anayasa Yargısı, 4. Baskı, Ankara, s. 169; **Aydın, Öykü Didem** (2011)

Bireysel başvuru, Türk Anayasa Yargısı sistemine 12 Eylül 2010 tarihli halk oylamasıyla onaylanan 5982 sayılı Kanunla getirilmiştir. Anayasanın 148. maddesinin ilgili Kanunla değiştirilen şekliyle 3. fıkrasında, "*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."* hükmüne yer verilmiştir.

Bu düzenlemeden hareketle, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu ile başvurulabilmesi için, başvuruda bulunacak kişinin Anayasa ve AİHS tarafından güvence altına alınan bir temel hak ve hürriyetinin ihlal edilmiş olması gerektiği söylenebilir. Anayasa ve AİHS'nde güvence altına alınmış olma şartı birlikte gerçekleşmek zorunda olduğundan, Anayasada düzenlemiş olmakla birlikte AİHS'de tanınmayan bir hak ve hürriyetin ihlali iddiasıyla bireysel başvuru yoluna gidilemez[37]. AİHS tarafından güvence altına alınan hak ve hürriyetlerin kapsamına AİHS'nin esas metninde yer alanların yanı sıra Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki hak ve hürriyetler de girmektedir.

Anayasa'nın 148. maddesinin 3. fıkrasında yer alan düzenlemeden yola çıkarak yapılabilecek bir diğer tespit, bireysel başvuruya yalnızca devletin üç temel erki olan yasama, yürütme ve yargıya isnat edilen eylem, işlem ve ihmaller nedeniyle gerçekleşen ihlallerin konu edilebileceğidir. Kamu gücünün ihmalinin bir hak ihlali olarak değerlendirilebilmesi, kamu organlarının bir işlemde bulunma zorunluluğunun varlığına bağlıdır. Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz (6216 sayılı Kanun m. 45/3).

Bireysel başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması da şarttır. Bir başka deyişle, bireysel başvuruda bulunacak kişinin, bireysel başvurudan önce, hakkını diğer yargı organlarının önünde aramış olması

"Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 4, s. 126.

[37] **Gözler, Kemal** (2018) Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 22. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, s. 448.

gerekir. Yani kişi, ilk derece mahkemesinde dava açmış, kaybettikten sonra itiraz, istinaf veya temyiz gibi olağan kanun yollarına başvurmuş ve bu yolları da tüketmiş olmalıdır[38]. Bireysel başvuru ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen eylem, işlem veya ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan ihlal edilenler tarafından açılabilir (6216 sayılı Kanun m. 46/1). Kamu tüzel kişileri bireysel başvuru yapamaz. Özel hukuk tüzel kişileri sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilir (6216 sayılı Kanun m. 46/2).

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 148. maddesinin 4. fıkrasında yer alan düzenleme gereğince kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapmaz. Bir mahkeme kararına karşı yapılan bireysel başvuruya ilişkin inceleme, bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği ve bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağının belirlenmesi ile sınırlıdır (6216 sayılı Kanun m. 49/6). Bir ihlalin tespit edildiği hallerde, Anayasa Mahkemesi'nin ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere de hükmetmesi gerekir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi, yeniden yargılama yapılmasına karar verebileceği gibi yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmuyorsa başvuran lehine uygun bir tazminata da hükmedebilir.

V. TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ'NİN BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA ÇEVRE HAKKI

Anayasanın 148. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulabilmesi için, kişinin hem Anayasa hem de AİHS tarafından birlikte güvence altına alınan bir temel hak ve hürriyetinin ihlal edilmiş olması gerektiğini yukarıda ifade etmiştik. Bu bakımdan Anayasa ile AİHS metinlerini karşılaştırarak her iki hukuki metinde ortak bir biçimde yer alan temel hak ve hürriyetleri tespit etmek suretiyle bireysel başvuruya konu edilebilecek temel hak ve hürriyetleri belirlemek mümkündür[39]. Öte yandan yine yukarıda ifade ettiğimiz gibi, AİHM kimi zaman Sözleşme içerisinde açıkça düzenlenmemiş olan bir hakkı, Sözleşme içerisinde düzenlenen bir başka hakla birlikte değerlendirebilmekte, hakkın norm alanını içtihat yoluyla belirleyebilmektedir. Bu

[38] **Gözler**, s. 449.
[39] **Güneş** (2014), s. 96.

noktada, Anayasa Mahkemesinin bir hakkın norm alanını belirlerken AİHM'nin içtihatlarıyla bağlı olup olmadığı sorusunun yanıtlanması önem arz eder. Eğer Anayasa Mahkemesinin, yalnızca AİHS veya Sözleşmeye ek Protokoller içerisinde açıkça düzenlenmiş olan haklar açısından inceleme yapabileceği söylenirse, bu takdirde çevre hakkının korunmasına ilişkin Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yoluyla başvurulamayacağının da kabulü gerekir.

Anayasa Mahkemesinin bir hakkın norm alanını belirlerken AİHM'nin içtihatlarıyla bağlı olup olmadığına ilişkin Anayasa'nın konunun düzenlendiği 148. maddesinde bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak ilgili maddenin gerekçesinde, bireysel başvuru yolunun tanınması ile AİHM'ne yapılan başvuruların bireysel başvuru kapsamında Anayasa Mahkemesi'nce karara bağlanacağı, böylelikle AİHM'ne yapılacak başvuruların azaltılacağı ifade edilmiştir. Başka bir deyişle, hukuk sistemimizde bireysel başvuru yolunun tanınmasıyla amaçlanan, Türkiye'nin ulusal hukuk normlarını bilhassa temel hak ve özgürlükler açısından AİHS standartları ile uyumlu hale getirmek ve AİHS'nin ihlal edildiğine ilişkin şikâyetleri iç hukuk kapsamında karara bağlamak suretiyle AİHM'ne yapılan başvuruları azaltmaktır. Bu amaç doğrultusunda Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen başvurulara ilişkin olarak AİHS ile birlikte Sözleşmeyi yorumlayan ve temel hak ve özgürlüklerle ilgili olarak asgari standartlar belirleyen AİHM içtihatlarını da dikkate alması zorunludur[40]. Bu nedenle, Türk hukukunda çevre hakkının bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne getirilebilmesi mümkün olduğunun kabulü gerekir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de çevre hakkının ihlaline ilişkin önüne gelen başvuruları, başvuru şartları oluştuğu takdirde kabul edilebilir bularak, esas yönünden incelemektedir.

AİHS'nde açıkça düzenlenmemiş olan çevre hakkına ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yoluyla başvurulabileceğini belirledikten sonra Anayasada yer alan hangi hükmün ihlali nedeniyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabileceği sorusunun yanıtlanması gerekir. Bu sorunun yanıtı ilk bakışta oldukça açık görülebilir zira yukarıda da ifade ettiğimiz üzere Anayasanın 56. maddesinde açıkça *"Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir"* denmek suretiyle çevre hakkına yer verilmiştir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, çevre hakkının ihlaline ilişkin önüne gelen başvurularda değerlendirmelerini 56. madde kapsamında değil, Anayasanın 17. maddesinde yer alan "maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi" hakkı,

[40] **Şirin, Tolga** (2013) Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru), İstanbul, Oniki Levha Yayınları, s. 429.

"özel hayat kavramına dahil bir kısım hukuksal değerlerin" düzenlendiği 20. madde, özel yaşamın diğer alt kategorileri olarak ele alınan "konuta dokunulmazlığı" ve "haberleşmenin hürriyetinin" düzenlendiği 21. ve 22. maddelerine ilişkin olarak yapmaktadır[41]. Bir başka deyişle, Anayasa Mahkemesine göre AİHS'nin 8. maddesinde yer alan hakların karşılığı temel olarak Anayasa'nın 17, 20, 21 ve 22. maddelerinde yer alan düzenlemelerdir. Öte yandan tıpkı yukarıda da bahsi geçen bazı AİHM kararlarında görüldüğü gibi, çevre hakkının ihlali bazen özel hayatın korunması hakkı dışında başka bazı hakların ihlali ile birlikte de söz konusu olabilir. Bunun örneklerine Anayasa Mahkemesi kararlarında da rastlanması mümkündür. Hidroelektrik santrali projesiyle ilgili idarece verilen "Çevresel Etki Değerlendirmesi gerekli değildir" kararının iptalinin istemiyle açılan davanın reddi nedeniyle Anayasanın 2, 17. ve 56. maddelerinde düzenlenen hakların ihlal edildiği gerekçesiyle yapılan başvuru, Anayasa Mahkemesi tarafından 36. maddede düzenlenen adil yargılanma hakkı kapsamında incelenmiş ve ihlal kararı verilmiştir[42].

Anayasa Mahkemesi, çevre hakkına ilişkin vermiş olduğu çeşitli kararlarında Anayasa'nın 56. maddesi yerine neden 17. madde bakımından bir değerlendirme yapmış olduğu hususuna da açıklık getirmiştir. Mahkemeye göre, Anayasa'da *"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."* hükmüne yer verilmiş olması, Anayasa'da yer alan ikinci ve üçüncü kuşak hakların ihlal edildiği iddiasıyla bireysel başvuruda bulunulamayacağı şeklinde yorumlanmalıdır[43]. Gerçekten de AİHS'de kural olarak kişisel ve siyasal haklar düzenlenmiştir.

Yine, farklı ülkelerdeki uygulamalar genellikle birinci kuşak hakların yani kişisel ve siyasal hakların bireysel başvuruya konu edilebileceği yönündedir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkına Anayasa'nın "Sosyal ve Ekonomik Haklar" bölümünde yer verilmiş olmasından

---

41 Hüseyin Tunç Karlık ve Zahide Şadan Karluk, Başvuru No: 2013/6587, 24.3.2016, para. 41; Binali Özkaradeniz ve Diğerleri, Başvuru No: 2014/4686, 1.2.2018, para. 45. https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ Erişim: 23.02.2019.

42 Mehmet Bolat ve Diğerleri, Başvuru No: 2013/5974, 10.03.2016. https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ Erişim: 23.02.2019.

43 Mehmet Kurt, Başvuru No: 013/2552, 25.02.2016, para. 46. https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ Erişim: 23.02.2019.

dolayı 56. madde yerine anılan maddeler bakımından bir değerlendirme yapmasının teknik olarak yerinde olduğunu söylemek mümkündür. Bununla birlikte Mahkeme, 56. maddeye kamusal makamların çevresel meseleler bağlamındaki pozitif yükümlülüklerinin tespiti ve değerlendirilmesi konusunda başvurulması gerektiğini, ilgili düzenlemenin, *"Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır."* şeklindeki 48. madde ile birlikte kamusal makamların çevresel meseleler bağlamındaki pozitif yükümlülüklerinin normatif dayanaklarından birini teşkil ettiğini ifade etmektedir[44]. Mahkeme'ye göre, Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen "Maddi ve Manevi Varlığı Koruma ve Geliştirme Hakkı" ise, bireysel başvuru kapsamında Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında yer alan temel hak ve hürriyetlere ilişkin güvenceler yönünden dikkate alınması gereken çerçeve bir düzenleme olarak değerlendirilmelidir[45].

Anayasa Mahkemesi, konuya ilişkin kendi önüne gelen başvuruları AİHM'nin uygulamasına paralel olarak iki ayrı açıdan inceler. Mahkeme'ye göre değerlendirilmesi gereken ilk husus, ilgili çevresel etkinin Anayasanın 17. maddesi kapsamındaki güvenceleri harekete geçirecek asgari ağırlıkta olup olmadığıdır. Söz konusu ağırlığın belirlenmesinde, ölçüt olarak, çevresel etkinin yoğunluğu, süresi, fiziksel ve ruhsal sonuçları dikkate alınmalıdır[46]. İlgili çevresel rahatsızlığın başvuranın özel ve aile yaşamı ya da konuta saygı hakkı üzerinde doğrudan bir etkide bulunması ve çevresel kirliliğin belirtilen değerler üzerindeki etkisinin asgari bir şiddet derecesine ulaşması gerekmektedir. Söz konusu şiddet derecesinin değerlendirilmesi göreceli olup her somut olayın kendi özellikleri dikkate alınır.

Çevresel kirliliğin asgari şiddet derecesine ulaşıldığı tespit edildikten sonra, değerlendirilmesi gereken ikinci husus, çevresel karar alma süreçlerine muhatap olan bireylere sağlanması gereken usule ilişkin güvencelerin sağlanıp

---

44 Mehmet Kurt, Başvuru No: 013/2552, 25.02.2016, para. 50-51. https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ Erişim: 23.02.2019.

45 Binali Özkaradeniz ve Diğerleri, Başvuru No: 2014/4686, 1.2.2018, para. 43. https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ Erişim: 23.02.2019.

46 Mehmet Kurt, Başvuru No: 013/2552, 25.02.2016, para. 67. https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ Erişim: 23.02.2019.

sağlanmadığıdır. Anayasa Mahkemesine göre, çevresel karar alma süreçlerine muhatap olan bireylere sağlanması gereken usul güvencelerinin en önemli unsurlarından biri, kamusal makamların eylem veya ihmallerini bağımsız yargısal bir makam önüne taşıma ve gerektiği şekilde inceletebilme imkânıdır. Bununla birlikte, bu makamlara başvuru imkânının sunulması tek başına usule ilişkin güvencelerin sağlandığı anlamına gelmez. İlgili kamusal makamların konuya gereken özenle yaklaşmaları, tüm menfaatleri gözeterek bir denge tesis etmeleri, bunun için de bireylerin sürece etkin katılımı sağlanarak tüm itiraz ve delillerini sunma, inceletme ve esasa etkili tüm iddialarının gerekçeleriyle karşılanması olanağını elde etmeleri de aranır[47]. Hak ihlalinin varlığına ilişkin iddiaların ilk derece mahkemeleri tarafından, başvuranların, kamusal makamların ve kamunun menfaatleri arasında adil bir denge gözetilmek suretiyle çözüme kavuşturulması zorunludur. Mahkeme Kurt Kararı'nda, "*başvuranın temel iddialarına doğrudan bir cevap verilmemesini ve çevresel rahatsızlığına ilişkin iddialarının yargı mercileri önünde gerektiği gibi değerlendirilmesi imkânını elde edememesini*" maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının korunması ve etkin kullanımının sağlanması bağlamında kamusal makamların pozitif yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi olarak değerlendirmiştir[48].

SONUÇ

Çevre hakkı, asıl öznesi çevrenin kendisi olan, ancak bu hak yoluyla sağlanacak korumanın insanların sahip olduğu sağlıklı bir çevrede yaşam hakkı vasıtasıyla gerçekleştirilebileceği genel kabulünden dolayı, ulusal ve uluslararası belgelerde bir insan hakkı olarak düzenlenmiş bulunan bir temel haktır. AİHS'nde ayrıca ve açıkça düzenlenmemiş olan çevre hakkı, AİHM tarafından Sözleşmede yer alan bazı hak ve hürriyetler, özellikle de Sözleşmenin 8. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın, aile hayatının ve konutun korunması hakkı ile birlikte değerlendirilmektedir. Bir hakkın AİHS veya Sözleşmeye ek protokollerde açıkça düzenlenmiş olması iç hukukumuz bakımından ilgili hakkın ihlalinden dolayı bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne gidilip

[47] Mehmet Kurt, Başvuru No: 013/2552, 25.02.2016, para. 81. https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ Erişim: 23.02.2019.

[48] Mehmet Kurt, Başvuru No: 013/2552, 25.02.2016, para. 82-83.

gidilememesi bakımından önemlidir. Zira Anayasanın 148. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, bir temel hakkın ihlalinden dolayı Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yoluyla başvurulabilmesi için hakkın Anayasa ve AİHS'de birlikte düzenlenmiş olma şartı vardır. Bununla birlikte, iç hukukumuza bireysel başvuru yolunun kazandırılmış olmasının altında yatan amaç göz önünde bulundurulduğunda, Sözleşmede açıkça düzenlenmemiş olsa dahi, içtihat yoluyla güvence altına alınan haklar bakımından da bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurunun mümkün olduğunun kabulü gerekir. Bir başka deyişle Anayasa'nın 56. maddesinde düzenlenen sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının ihlali nedeniyle bireysel başvuru yolu ile Anayasa Mahkemesine başvuru mümkündür.

Anayasa Mahkemesi de çevre hakkının ihlali nedeniyle yapılan bireysel başvuruları esastan incelemektedir. Ancak Mahkeme, bu incelemeyi 56. maddede düzenlenen "sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı" yönünden değil, 17. maddede düzenlenmiş bulunan "maddi ve manevi varlığın geliştirilmesi hakkı" bakımından yapmaktadır. Buna gerekçe olarak sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının ekonomik ve sosyal haklar arasında düzenlenmiş olmasını gösteren Anayasa Mahkemesi, bireyin sağlıklı bir çevrede yaşamasını maddi ve manevi varlığını geliştirebilmesi hakkının bir unsuru olarak kabul etmektedir.

Bireyin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi ve gerçekleştirmesi kavramı, AİHM tarafından esas olarak özel hayata saygı hakkının kapsamının belirlenmesinde temel alınan bir kavramdır[49]. Mahkeme, konuya ilişkin önüne gelen başvurularda, çevresel kirliliğin, özel hayatın veya aile hayatının nitelik ve kalitesini veya konutu keyif alarak kullanma şeklindeki hukuksal çıkarı olumsuz etkilediğini tespit ederek özel hayat kavramının alt kategorileri olan özel hayat, aile hayatı ve konuta saygı hakkı ile sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı arasında bir bağ kurmaktadır. Aynı doğrultuda Anayasa Mahkemesi de özel hayat kavramına dâhil bir kısım hukuksal değerin Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlendiği, özel yaşamın diğer alt kategorileri olarak ele alınan haberleşmenin gizliliği ve konuta saygı hakkının ise Anayasa'nın 21. ve 22. maddelerinde

[49] Koch v. Almanya, Başvuru No: 497/09, 19.7.2012, para. 51. https://hudoc.echr.coe.int/ Erişim: 18.02.2019.

güvence altına alındığını belirtmekte ve 17. madde ile birlikte bu maddelere de göndermede bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin çevre hakkının ihlali nedeniyle yapılan bireysel başvuruları "sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı" yönünden değil, "maddi ve manevi varlığın geliştirilmesi" ve "özel hayatın korunması" hakları bakımından değerlendirmesinin temelinde bireysel başvuruya yalnızca birinci kuşak haklar olarak da ifade edilen kişisel ve siyasal hakların konu edilebileceği kabulü yatmaktadır. Oysa öğretide, insan haklarının bölünmez bir bütün olduğundan hareketle farklı hak kategorileri arasında kopmaz bir bağın olduğu, farklı kategorilerde yer alan hakları birbirlerinden soyutlayarak ele almanın bu hakların işlevsiz kılınması sonucunu doğuracağı anlayışı hakimdir[50]. Bu bağlamda biz de çevre hakkının Anayasa'nın 56. maddesinde düzenlenen "sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı" yönünden yapılmasının çevrenin korunması bakımından daha etkili sonuçlara ulaşılmasını sağlayacağı kanaatindeyiz. Zira ilgili mahkeme kararlarında da bahsi geçtiği üzere, özel hayata saygı hakkı kapsamında çevre tek başına korunması gereken bir değer olarak kabul görmemekte, çevresel kirliliğin bireyin özel veya aile hayatını doğrudan etkilemesi ve belirli bir katlanma düzeyini geçmesi halinde özel hayata saygı hakkı bakımından bir sorunun mevcut olduğu kabul edilmektedir[51]. Bir başka deyişle, Anayasa Mahkemesinin çevre hakkının korunması ile ilgili olarak AİHM kararları paralelinde ortaya koyduğu içtihadını, bireysel başvuru yoluna yalnızca kişisel ve siyasal haklarla ilgili olarak başvurulabilir şeklindeki kabulü terk ederek Anayasanın 56. maddesini de dahil etmek suretiyle geliştirmesi ve bu suretle çevrenin korunmasına daha fazla katkıda bulunması mümkün gözükmektedir.

[50] **Kapani, Münci** (1993) Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 6-7.

[51] D. Ö. Başvurusu, Başvuru No: 2014/3735, 12.06.2018, para. 38. https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ Erişim: 23.02.2019.

KAYNAKÇA

Aydın, Öykü Didem (2011) "Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 4, s. 121-170.

Aygörmez Uğurlubay, Gülsün (2015) Çevreye Karşı Suçlar Türk ve Alman Hukukunda Güncel Sorunlar, Yetkin Yayınları.

Duymaz, Erkan (2012) "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çevrenin Korunmasına Katkısı", İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, S: 47, s. 121-160.

Ertaş, Şeref (2012) Çevre Hukuku ve Hayvan Hakları Hukuku, İleri Yayınevi.

Gözler, Kemal (2018) Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 22. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi.

Göztepe, Ece (1998), Anayasa Şikâyeti, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 530.

Güneş, Ahmet (2009) "Alman Çevre Hukukunun Anayasal Çerçevesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 58, S: 4, s. 777-821.

Güneş, Ahmet (2014) "Çevre Hakkının Bireysel Başvuruya Konu Edilebilirliği Üzerine", TAAD, Yıl: 5, S: 16, s. 79-103.

Harris, D.J/O'Boyle, M/Bates, E.P/Buckley, C.M (2013), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, 1. Baskı, Avrupa Konseyi,

Kaboğlu, İbrahim (1996) Çevre Hakkı, İmge Kitabevi Yayınları.

Kaboğlu, İbrahim (2007) Anayasa Yargısı, 4. Baskı, Ankara, İmge Kitabevi Yayınları.

Kapani, Münci (1993) Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

Kaplan, Mahmut (2018) İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu, Ankara, Seçkin Yayınları.

Leib Hajjar, Linda (2011) Human Rights and the Environment, Martinus Nijhoff Publishers.

Memiş, Emin (2015) Çevre ve Çevre İdare Hukuku, Filiz Kitabevi.

Mowbray, Alistar (2007) Cases and Materials on the European Convention on Human Rights, 2. Baskı, Oxford University Press,

Özdek, Yasemin (1993) İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı, Ankara, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları No: 249.

Shelton, Dinah (1991) "The Right to Environment": Eide, Asborn/Helgesen, Jan, The Future of Human Rights Protection in a Changing World, Oslo, Norwegian University Press.

Şirin, Tolga (2013) Türkiye'de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru), İstanbul, Oniki Levha Yayınları.

Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi (2018) 18. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.

Turgut, Nükhet (2001) Çevre Hukuku, Ankara, Savaş Yayınevi.

Yokuş Sevük, Handan (2017) Çevre Hukuku, 2. Baskı, Adalet Yayınevi.

ÇALIŞMA İÇERİSİNDE GEÇEN MAHKEME KARARLARI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Apanasewicz v. Polonya, Başvuru No: 6854/07, 03.05.2011.

Dubetska ve Diğerleri v. Ukrayna, Başvuru No: 30499/03, 10.05.2011.

Fadeyeva v. Rusya, Başvuru No: 55723/00, 09.06.2005.

Fredin vs. İsveç, Başvuru No: 12033/86, 18.02.1991.

Giocornelli v. İtalya, Başvuru No: 59909/00, 26.03.2007.

Guerra ve Diğerleri v. İtalya, Başvuru No: 116/1996/735/932, 19.02.1998.

Hatton ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 36022/97, 08.07.2003.

Koch v. Almanya, Başvuru No: 497/09, 19.7.2012.

Krytatos v. Yunanistan, Başvuru No: 41666/98, 22.5.2003.

Moreno Gomez v. İspanya, Başvuru No: 4143/02, 16.11.2004.

Okyay ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru No: 36220/97, 12.07.2005.

Öçkan ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru No: 46771/99, 28.03.2006.

Öneryıldız v. Türkiye, Başvuru No: 48939/99, 30.11.2004.

Powell ve Rayner v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 9310/81, 21.02.1990.

Tatar v. Romanya, Başvuru No: 67021/01, 06.07.2009.

Taşkın ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru No: 46117/99, 10.11.2004.

Zander v. İsveç, Başvuru No: 14282/88, 25.11.1993.

Anayasa Mahkemesi Kararları

Binali Özkaradeniz ve Diğerleri, Başvuru No: 2014/4686, 1.2.2018.

D. Ö. Başvurusu, Başvuru No: 2014/3735, 12.06.2018.

Hüseyin Tunç Karlık ve Zahide Şadan Karluk, Başvuru No: 2013/6587, 24.3.2016.

Mehmet Bolat ve Diğerleri, Başvuru No: 2013/5974, 10.03.2016.

Mehmet Kurt, Başvuru No: 013/2552, 25.02.2016.

MAĞDURİYETİN GİDERİLMESİ AÇISINDAN UZLAŞTIRMA KURUMU İLE MAĞDUR HAKLARI TASARISININ İNCELENMESİ

Arş. Gör. Mümin GÜNGÖR[*]

ÖZET

21.yüzyılda hakim olan ceza adaleti sistemi, faili cezalandırırken suç mağdurlarının ortaya çıkan mağduriyetlerinin giderilmesi anlayışını ön planda tutan bir sistemdir. Var olan ceza adaleti sistemine hakim olan bu anlayış, onarıcı adalet anlayışıdır. Bu anlayışın en temel gayelerinden birisi, işlenen suçtan dolayı sanığın devlet tarafından cezalandırılmasının yeterli görülmeyerekten, mağdurun veya suçtan zarar görenin zararının giderilmesidir. Bu anlayışın hakim olduğu devletlerin ceza sistemlerinde bir çok düzenlemeler, kurumlar bulunmaktadır. Onarıcı adalet anlayışının etkisinde kalan sistemlerden birisi olarak Türk Ceza Sistemi de bu alanda gereken kurumların oluşturulmasına ve düzenlemelerin getirilmesine tanıklık eden bir sistemdir. Bu yönde getirilen kurumlardan uzlaştırma kurumu ile mağdur hakları tasarısı da birkaçından birisidir. Bu mevzuu da Türk Ceza muhakemesi hukukunda yer alan uzlaştırma kurumu, hem kamu hem özel hukuk ile ilgili olan uyuşmazlıkların giderilmesinde alternatif çözüm yöntemi olarak Türk Ceza Sistemine tezahür eden onarıcı adalet anlayışının önemli bir yansımasıdır. Uzlaştırma kurumu Türk mevzuatına 2005 yılında getirilmiştir. Şu an itibariyle esasen sistemin önemli araçlarından birisi konumundadır. Onarıcı adalet anlayışının kazandırdığı en önemli bir diğer husus da doğrudan mağdur haklarına yönelik ve mağduriyetlerinin doğrudan giderilmesi yönünde mevzuat bulunmasını sağlamasıdır. Bu yönde ülkemizde birçok defa tasarı aşamasında kalan mağdur haklarına ilişkin çalışmalar yapılmıştır. Bu çalışmalardan en önemlisi ve kanunlaşma evresinde olan 2017 tarihli mağdur hakları tasarısıdır. Bu tasarı ile devletin korumasız bıraktığı mağdurların yine devlet tarafından doğrudan korunması, mağduriyetlerinin giderilmesi sağlanmaktır.

Anahtar Kelimeler: Onarıcı Adalet, Cezalandırıcı Adalet, Türk Ceza Sistemi, Türk Ceza Muhakemesi Hukuku, Suç Mağduru, Suçtan Zarar Gören, Mağduriyetin Giderilmesi, Zararın Tazmini, Uzlaştırma , Mağdur Hakları Tasarısı, Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüğü(ADEM), Ceza Adaleti Sisteminde Mağdur Haklarının Güçlendirilmesi(CEMRE) Projesi, Adli Görüşme Odaları(AGO), Çocuk İzleme Merkezleri(ÇİM).

[*] Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, mumingungor@ybu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-4731-2605, (Geliş Tarihi: 25.03.2019 – Kabul Tarihi: 27.06.2019)

THE VICTIMS OF RIGHTS DRAFT OF A LAW WITH THE RECONCILIATION INSTITUTION FOR ELIMINATION OF VICTIMIZATION

ABSTRACT

The system of criminal justice, which prevails in the 21st century, is a system that prioritizes the understanding of the victimization of the victims of crime while punishing the perpetrator. This understanding of the existing criminal justice system is a restorative understanding of justice. One of the main aims of this understanding is to eliminate the damage of the victim or the perpetrator of the crime by not punishing the defendant because of the crime. There are a lot of regulations and institutions in this system based on this understanding. As one of the countries under the influence of restorative justice, the Turkish Criminal System is a system that witnesses the establishment of necessary institutions and regulations. In this direction, the reconciliation institution and the victim rights plan are one of the few. This reconciliation is an important reflection of the restorative justice concept which manifests itself in the Turkish Criminal System as an alternative solution method for eliminating the disputes related to both public and private law. The reconciliation institution was brought to Turkish legislation in 2005. As of now, it is one of the important tools of the system. The most important aspect of restorative justice is that it provides direct legislation on victims' rights and the elimination of grievances directly. In this respect, studies have been carried out on the rights of victims in the project stage. The most important of these studies is the 2017 victim rights plan which is in the legalization phase. With this bill, it is to ensure that the victims, who are left unprotected by the state, are directly protected by the state and that their grievances are eliminated.

Keywords: Restorative Justice, Retributive Justice, Turkish Penal System, Turkish Criminal Procedure System, Reconciliation, Victims of Crime, Elimination of Victimization.

GİRİŞ

"Bir failin elinde mağdur olmak unutulmaz bir kâbustur. Ancak, ceza sisteminin ellerinde mağdur olmak[2] ise affedilmez bir olaydır. Bu durum, fail ile ceza sistemini suçun müşterek suçlusu yapmaktadır.[3]" sözü esas itibariyle konumuzun özünü yansıtan çok önemli ve bir o kadar acı bir sözdür. Bunun en önemli sebebi ceza sistemlerinin oluşan suça, suça verilen ceza ile sonuçlarına odaklanmasıdır[4].

Ceza sistemlerine suçluluk ve ceza olguları açısından bakıldığında, mağdurlar ellerinde olanak bulunmadığından tek yapabildikleri çoğunlukla faillerin mümkün olan en ağır cezayla cezalandırılmasını isterler ve bu şekilde de adaletin gerçekleşeceğini düşünürler. Fakat mağdurların bu talepleri gerçekleşse de mağdurlar sistemden umduklarını bulamamakta ve memnun da olamamaktadırlar[5]. Çünkü ceza mağdurun maddi ve manevi kayıplarını, korkularını gidememekte, yaşadıklarını unutturamamaktadır[6]. Aslında mağdur ne kanunun ihlal edilmesiyle ne gerçeğin bulunmasıyla ne de failin cezalandırılmasıyla ilgilenmektedir. İmkan verilmiş olsa mağdurun ilk ve öncelikli talebi maddi ve manevi zararlarının giderilerek tatmin edilmesidir. Böylece mağdurun, ilk ve öncelikli talebi olan maddi ve manevi zararları giderildiği takdirde, failin cezalandırılması isteği ile bundan kaynaklı failden intikamını alması duygusu tatmin edilmiş olacaktır[7].

Mağdurun en temel hakkı adaletin gerçekleşmesi ve bu suçun yargılanacağı evrede daha fazla zarar görmemektir(ikinci mağduriyet)[8]. Fakat özellikle Türkiye' de hukuk ve ceza davaları o kadar uzun sürmekte ve davacılar için o

---

2 İkinci mağduriyete yol açan devletin kendisi, aynı zamanda adaleti sağlamaya çalışan konumundadır (**Wemmers, Jo-Anne M.** (1996) Victims In The Criminal Justice System, 1.Baskı, Amsterdam, Kugler Publications, s.15.).

3 **Cartwright, Heather L.** (2000) "Including Victims in the American Criminal Justice Process" https://www.unafei.or.jp/publications/pdf/RS_No56/No56_19VE_Cartwright.pdf s.e.t. 23.02.2019.

4 **Shapland, Joanna / Hall, Matthew** (2007) "What Do We Know About The Effects Of Crime On Victims?" International Review of Victimology. Vol. 14, pp. 175-217.

5 **Çetintürk, Ekrem** (2017) Onarıcı Adalet ve Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma, 1.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s.647.

6 **Özbek, Veli Özer** (1999) Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi, 1.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi**,** s.136.

7 **Orth, Ulrich** (2004) "Does Perpetrator Punishment Satisfy Victims' Feelings of Revenge?" Aggressıve Behavıor, Volume 30, pages 62–70.

8 **Marshall, Tony** (1999) "Restoratıve Justıce: An Overvıew", 1.Baskı, London, Research Development and Statistics Directorate, Home Office, s.23.

kadar külfeti gerektirmektedir ki, dava açarak hak talebinde bulunmak mağdurun uğrayacağı ikinci bir mağduriyet olarak karşımıza çıkmaktadır[9]. Maalesef ki, ceza adalet sistemi, mağdurun duygularını, ihtiyaçlarını ve beklentilerini dikkate almamakta, sadece maddi gerçeğin bulunmasıyla ilgilenmektedir[10].

Ceza sistemlerinde suç olarak görülen fiillere karşı tatbik edilen bir yaptırım olan ceza[11], tarihte genel itibari ile üç farklı amaç için kullanılmıştır. Bunlar suçlunun uygulanan cezadan ders alması, toplumda adalet düşüncesinin teşekkül etmesi, gelişmesi ve suç işlemesi muhtemel kişilerin caydırılmasıdır[12]. Günümüz ceza adaletinde de bu amaçlar yerlerini muhafaza etmekle birlikte, cezanın amacı ve cezadan beklenen yarar açısından yeni düşünceler ve uygulamalar kendini göstermektedir. Bu yeni gelişmeler ceza amacının çok işlevsel bir hal almasını sağlamıştır[13]. Bu gelişmelerin oluşmasındaki önemli etkenler ise ceza adaleti politikalarının suçları önlemede yeterli olamaması ve her geçen gün artış gösteren suç oranları ile karşılaşılmasıdır[14].

Ceza hukuku veya sistemlerinin gayesi yalnızca suçun önlenmesi ise, o zaman mevcut ceza hukuku/sistemi kendi içerisinde çelişki barındırıyor demektir. Zira ceza hukuku bu sebeple hem suç oluşturan fiillerle kişilerin haksızlığa uğramasını önlemeye çalışmış hem de mağdurun uğradığı haksızlıkla ilgilenmeyecek ve mağduru delil olarak görmenin gayreti içinde olmuş olacaktır[15].

Devlet failin davranışlarını mağdura yönlendirdiği ve bu sayede mağdurun zararlarını gidermeye çalıştığı vakit ceza adalet sisteminin güvenirliği artacaktır[16]. Çünkü gerçek adalet, mağdurun yaralarının sarılması, faile sebep olduğu maddi ve manevi zararları onarma olanağının oluşturulmasıdır[17]. Başka

---

9 **Çetintürk**, s.647.

10 **Uslu, Ferhat** (2013) "Çağdaş Ceza Adaleti İçinde Mağdur " Ankara Barosu Dergisi, Y:71, S:4, s.243-260.

11 **Bekri, Nedim** (2016) "Ceza Muhakemesi Uygulamasında Uzlaşma" Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:6, S:1, s.73-98.

12 **Centel, Nur** (2005) "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri Sistemi" Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:2, S:5, s.359.

13 **Wemmers**, s.218 vd:; **Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan** (2006) Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 9.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s.280-281.

14 **Shapland / Hall**, s.176-177; **Beşe, Ertan** "Suç İstatistiklerinde Karanlık Sayı ve Mağdurun Rolü": Bahar, Halil İbrahim (Ed.) (2006) Suç Mağdurları, 1.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s.73.

15 Çetintürk, s.176.

16 **Çetintürk**, s.177.

17 **Çetintürk**, s.177.

bir anlatımla, adaletin gerçekleşmesi, failin eylemiyle sebep olduğu haksızlığı uygun bir şekilde giderme beklentisini içermesi ile mümkündür[18].

Ceza sistemleri benimsemiş oldukları anlayış ile birlikte ceza adaletini sağlamaya çalışmaktadır. Sistemin kabul ettiği anlayışların tarihsel olarak irdelendiğinde cezalandırıcı adalet, ıslah edici adalet, onarıcı adalet ve dönüştürücü adalet anlayışları olduğu görülecektir. Bu anlayışlardan ilki olan ve suçluya acı vermeyi esas amaç kabul eden cezalandırıcı/denkleştirici adalet (retributive justice) anlayışı, etkisini 19.yüzyılın başlarından itibaren kaybetmeye başlarken, suçluyu ıslah ederek topluma yeniden kazandırmayı amaçlayan ve bu amacını gerçekleştirmek için cezaevlerini araç olarak kullanan ıslah edici adalet (reformative justice) anlayışı da 20.yüzyılın sonuna kadar etkinliğini korumuştur[19]. Şuan itibariyle 21.yüzyılın adalet anlayışı olarak, onarıcı yöntemler(araçlar) ile mağdurun tatmin edilmesi fikrini ön plana çıkararak ceza muhakemesinde mağdura birtakım hakların tanınmasını öngören ve suça karşı sadece ceza yaptırımı yeterli görülmeyerek mağdurun zararının onarmak isteyen ve bütün bunlarla ceza adaletini yerine getirmeye çalışan onarıcı adalet (restorative justice) anlayışı karşımıza çıkmaktadır[20]. Onarıcı adalet anlayışı dünyada etkin ve hakim bir duruma gelmiştir. Hatta günümüzde onarıcı adalet anlayışının daha ilerisinde bir anlayış olarak görülen araç olarak dönüştürücü yöntemleri(araçları) tercih eden ve hapis cezasının tamamen kaldırılması düşüncesini savunan dönüştürücü adalet(transformative justice) anlayışı tartışılmaya ve irdelenmeye başlanmıştır[21].Önemli olan, ülkelerin ceza sistemlerinin bu anlayışlardan hangisinden ne oranda esinlendiğidir[22].

Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde cezalandırıcı adalet anlayışı mağdurların beklentilerini karşılamamaktadır. Bundan dolayı da mağdurlar tarafından adil bir ceza sistemi olarak algılanması imkansızdır[23]. Onarıcı adalet anlayışında ise amaç, mümkün olduğu ölçüde zararın tazmin ve telafisi veya

---

18 **Marshall**, s.23.

19 **Bıçak, Vahit** (2011) Suç Muhakemesi Hukuku, 2.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s.77.

20 **Cartwright,** s.191; **Arıcan, Mehmet** (2009) Ceza Adaleti, 1.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, s.71.

21 **Morris, Ruth** (2000) Stories of Transformative Justice, 1.Baskı, Toronto, Canadian Scholars' Press, s.2.

22 **Öztürk, Bahri** (2010) "Yeni Ceza Adaleti ile Türkiye, Dünya'nın neresinde?" Fasikül Hukuk Dergisi, C:2, S:7, s.17-18.

23 **Çetintürk**, s.649.

suçun neden olduğu zararın ve yaralanmanın giderilmesidir[24]. Onarıcı adalet anlayışında suçtan doğrudan etkilenen kişilere(mağdur, fail ve toplum) suça verilecek tepkinin belirleneceği sürece doğrudan katılma imkanı verilmekte ve mağdurun uğradığı zararlar giderilmektedir[25].

Onarıcı adalet getirmek için ceza olgusuna alternatif olarak onarıcı adalet uygulamalarının geliştirilmesine gayret gösterilmesi ve bu uygulamaların takip edilmesi gerektiği belirtilmektedir[26]. Zira onarıcı adalet, ihlal edilen kurala ve failin cezalandırılmasına odaklanması yerine, öncelikli olarak dikkatini zarar gören kişiye vermekte ve ortaya çıkan zararın mümkün olduğunca giderilmesini sağlamaktadır[27]. Başka bir ifadeyle onarıcı adalet, başlangıç noktası olarak mağduru ele almakta ve mümkün olan en kısa zamanda haksızlığın hem maddi hem de manevi şekilde onarılması suretiyle mağdurun isteklerinin karşılanmasını sağlamaktadır[28].

Bu çalışma ile onarıcı adalet anlayışının Türk Ceza Sistemine yansıması olan uzlaştırma kurumu ile mağdur hakları tasarısının[29] mağduriyetlerin giderilmesi noktasında sisteme ne oranda ve ne şekilde faydaları bulunmakta olduğu irdelenmeye çalışılacaktır.

Çalışma, yukarıda belirtilen kurumların, suçun pasif süjesi konumunda bulunan suçun mağdurunun mağduriyetinin giderilmesi noktasında Türk Ceza Sistemi içerisindeki durumlarının incelenmesi ile sınırlıdır. Bunun dışında doğrudan mağdur, mağdur hakları, ceza muhakemesi hukukunda yer alan mağdur hakları, mağduriyetin giderilmesi veya uzlaştırma kurumu konuları çalışmada incelenmeyecektir.

Çalışma toplam üç ana başlıktan oluşmaktadır. Birinci başlık olan "*kavramlar*" başlığı altında çalışmanın daha iyi anlaşılabilmesi için "*onarıcı adalet*", "*suç mağduru-suçtan zarar gören*" ve "*suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi-*

---

[24] **Özbek, Mustafa** (2005) "Çağdaş Ceza Adaleti Sistemlerinde Alternatif Çözüm Arayışları ve Arabuluculuk Uygulaması": Yenisey, Feridun(Ed.), Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma, 1.Baskı, İstanbul, Arıkan Yayınevi, s.212.

[25] **Umbreit, Mark** (1998) "Restorative Justice Through Victim-Offender Mediation: A Multi-Site Assessment" Western Criminology Review https://wcr.sonoma.edu/v1n1/umberit.html, s.1.

[26] **Umbreit / Coates,** s.22.

[27] **Umbreit / Coates,** s.23.

[28] **Çetintürk**, s.662.

[29] Bkz. http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/1magdurhaklarikanuntasarisi.pdf s.e.t. 14.03.2019.

zararın ödenmesi" kavramlarına değinilmiştir. Ele alınan konunun esasını oluşturan "*Türk Ceza Sisteminde mağduriyetin giderilmesi açısından ceza muhakemesi sistemindeki uzlaştırma kurumu ile mağdur hakları tasarısının incelenmesi*" başlıkta çalışmanın ikinci başlığını oluşturmaktadır. Üçüncü başlıkta ise çalışmanın sonuç bölümü olup genel değerlendirmeleri içermektedir.

I. KAVRAMLAR

A.ONARICI ADALET

1.Onarıcı Adalet Kavramı ve Modelleri

Bir suçun işlenmesiyle birlikte kamu düzeni bozulur. Bozulan bu düzenin düzeltilmesi için genel olarak cezalandırıcı adalet, onarıcı adalet ve dağıtıcı adalet yaklaşımlarına başvurulur. Bozulan kamu düzeninin eski haline döndürülmesinde tarafların ihtiyaçlarının gözetildiği yaklaşıma onarıcı adalet denir[30]. Birleşmiş Milletler çalışma topluluğu onarıcı adalet anlayışını, "suçtan etkilenen tarafların suçun zararlı sonuçlarını ve geleceğe yönelik etkilerini nasıl telafi edeceklerini bulmak için bir araya geldikleri süreçtir" şeklinde tanımlamaktadır[31]. Başka bir tabirle onarıcı adalet kavramı, hem suç teşkil eden fiil sebebiyle meydana gelen zararın giderilmesine yönelik usullerden teşekkül eden bir süreci hem de bu zararın giderilmesine fail, mağdur, devlet ve toplumun katılmasını sağlayarak ileriki zamanda meydana gelebilecek zararları engelleyebilen adaleti ifade etmektedir[32].

Onarıcı adalet anlayışına göre suç, kişi ile devlet arasında değil, kişiler arasındaki bir uyuşmazlık olup suçun mağduru devlet değil, mağdura, topluma ve hatta faile zarar veren çok yönlü bir fiildir[33].

Onarıcı adalet uygulama modelleri mağdur-fail, mağdur-toplum, fail-toplum ilişkilerinden doğmaktadır. Onarıcı adalet anlayışını hayata geçirmek üzere ortaya çıkan ve kendilerinden yararlanılan bu uygulama modellerine(programlarına) örnek olarak, suç tamir ekipleri, mağdur müdahalesi prog-

---

30 United Nations Office on Drugs and Crime(**UNODC**) (2006) Handbook on Restorative Justice Programmes, 1.Baskı, New York, United Nations Publication, s.5.

31 **UNODC**, s.6.

32 **Strickland, Ruth Ann** (2004) "Restorative Justice", https://books.google.com.tr/books?id=h6h_dLcxilIC&printsec=frontcover&hl=tr&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false s.e.t. 23.02.2019.

33 **Çetintürk**, s.48.

ramları, *aile grup konferansları(family group conferencing)*, *mağdur ve fail arasında arabuluculuk(uzlaştırma-victim offender mediation)*, failinde çağrıldığı mağdur panelleri, toplum ıslah kurulları, *halkalar(circles)*, failin yeteneklerinin geliştirilmesi programları, son olarak suçlular için toplum temelli *yardım grupları(toplum hizmeti-community service)* verilebilir[34]. *Bu programlardan uzlaştırma*, *konferans* ve *halka programları* onarıcı adalet anlayışını benimseyen ceza adaleti sistemlerinde sıklıkla kullanılmaktadır[35].

2. Onarıcı Adalet Anlayışının Mağdur Açısından Önemli Amaçları

Suça verilecek tepki mevzuunda sadece devletin tekel yetkisi bulunmamalıdır. Ayrıca mağdura da kulak verilmelidir. Zira adalete yalnızca suç ve ceza açısından değil, aynı zamanda sorumluluk ve zararların telafisi açısından bakılmalıdır. Cezalandırıcı adalet anlayışında failin işlediği suçtan dolayı cezalandırılmasıyla adaletin sağlanacağı fikri hakim olup; failin fiili nedeniyle ortaya çıkan sorumluluğu üstlenip üstlenmemesine önem verilmemekte, mağdura verdiği zararın giderilip giderilmediğine bakılmamaktadır. Ancak onarıcı adalet anlayışında ise failin neden olduğu fiilin zararlarını görmesinin, o zararın sorumluluğunu üstlenmesinin ve sonuçta da mağdurun ihtiyaçlarının giderilmesinin asıl olarak adaleti sağladığı savunulmaktadır[36].

Onarıcı ceza adalet anlayışı, suç failinin yol açtığı kayıplar üzerinde yoğunlaşmaktadır. Suç işlemesi neticesinde ortaya çıkan zararın giderilmesi ve tarafların tatmin edilmesi amaçlanmaktadır. Bu anlayış içerisinde mağdur eksenli bir ceza adalet mekanizması vardır. Bu anlayışın temel amacı, mağdurun uğradığı zararın giderilmesi, toplumsal barışa ve güvenliğe katkı sağlamasıdır[37].

Onarıcı adalet anlayışında ceza adaleti süreci suç mağdurunun ihtiyaçları ve istekleri doğrultusunda ilerlediği için bu anlayışın mağdur odaklı bir ceza adaleti anlayışı olduğu fark edilecektir[38]. Bu anlayışta devlet suç faili üzerinde

---

[34] **Çetintürk**, s.71 vd.; **Bıçak, Vahit** (1999) "Ceza Adaletinde Kalite ve Etkinlik" Kamu Yönetiminde Kalite Sempozyum Bildirim Kitabı, 1.Baskı, Ankara, TODAİ, s.166.

[35] UNODC, s.14; **McCold, Paul** "The Recent History of Restorative Justice: Mediation, Circles and Conferencing": Sullivan, Dennis / Tifft, Larry(Ed.) (2006) "Handbook of Restorative Justice: A Global Perspective", New York, Routledge, s.23.

[36] **Eryılmaz, Mesut Bedri** (2012) Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 1.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s.33.

[37] **Özbek, M.**, 2005, s.99.

[38] Bireyin en temel hakkı, devlet tarafından can, mal, namus ve şerefinin korunmasını isteme ve devletin bu yükümlülüğünü yerine getiremediği durumlarda, uğradığı zararların tazmin edilmesini talep etme hakkıdır. Bu yönde mağdur odaklı olarak 1-Mağdurun zararlarının

sahip olduğu haklardan bir kısmını toplumsal barış için suç mağduruna ve toplumun kendisine bırakmıştır. Anlayışın esas gayesi oluşan zararın, *kayıpların giderilmesi yoluyla toplumda bozulan düzeni tamir* etmek; onarmaktır[39]. Bu onarımı da hapis cezası dışında bir yaptırımla fail ile mağdur arasında bozulan ilişkisinin tamir edilmesi suretiyle yapmaktır. Bu açıdan onarıcı adalet anlayışı daha köktenci çözüm önerileri sunmaktadır. Buna göre mağduriyetin giderilmesi onarıcı adalet yaklaşımının en önemli amaçlarından birisidir[40].

3. Ceza Sistemlerine Onarıcı Adalet Anlayışının Etkileri

Tarih sahnesinde ortaya çıkan ilk ilişki suçu işleyen ile suçtan zarar gören ilişkisidir[41]. Daha sonra tarih sahnesine devletin ortaya çıkması ile birlikte, suçun mağduru olan kişinin ilişkideki yerine devlet kendisini asıl mağdur ve muhatap olarak almasıyla, fail devlet ilişkisi başlamıştır[42]. Başta Bentham ve Becceria olmak üzere bu ceza adaleti sistemini savunanlar mağdurun soruşturma ve kovuşturma evresinde ne rolü ne de etkisinin olduğunu belirtmekteydiler. Zira yararcı bakış açısına göre suç, devlete ve topluma karşı işlenmişti. Bu görüşe göre "*mademki cezalandırmada amaç suçun tekrarının önlenmesiydi, soruşturma ve kovuşturma da mağdurun değil, devletin işi olmalıydı*" fikri savunulmaktaydı[43]. Zira bu öğreti meydana gelen her suç ile doğal, asıl ve zorunlu mağdurun devlet olduğunu ve devletin vuku bulan bu suçu cezalandırdığı takdirde adaletin sağlandığını kabul etmektedir[44]. Suçun mağdurunun devlet olduğunu kabul eden görüş ve bu görüş dolayısıyla oluşan devlet-fail ilişkisi

---

devlet tarafından karşılanması 2-Mağdurun hukuk mahkemelerinde tazminat istemesi 3-Mağdurun zararlarının şüpheli veya sanık tarafından giderilmesi(Uzlaştırma, Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi, Kısa Süreli Hapis Cezasına Mahkûmiyet, Koşullu Salıverme, Adli Kontrol) araçları bulunmaktadır(**Centel, Nur / Zafer, Hamide** (2015) Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, s.849-850).

39 **Yılmaz, Ömer** "Onarıcı Adalet Sistemi: Birey-Toplum-Devlet İlişkilerinde Yeni Bir Mücadele Alanı": Bahar, Halil İbrahim(Ed.) (2006) Suç Mağdurları, 1.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s.294; **Bıçak**, 1999, s.167.

40 **Özbek, M.**, 2005, s.99.

41 **Akıncı**, s.11.

42 Netice olarak ceza adaleti devlet tarafından mağdur unutularak sağlandığından dolayı ceza adaleti sisteminin süjeleri arasındaki ilişki geleneksel olarak suç faili(şüpheli-sanık) ve devlet arasındaki ilişkidir(**Akıncı, Füsun Sokullu** (2008) Viktimoloji, 2.Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, s.2); **Tanrıvermiş, Atilla** (2016) "Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları Kavramına Genel Bir Bakış" Fasikül Hukuk Dergisi, C:8, S:78, s.16-26.

43 **Akıncı**, s.17.

44 **Akıncı**, s.2; **Tanrıvermiş**, s.16.

uzunca bir müddet hakimiyetini devam ettirmiştir. Bu müddet içerisinde de ceza hukukunun odak noktasını suç ve suçun faili oluşturmuştur[45]. Bu oluş da, fail ve suç merkezli ceza ve ceza muhakemesi hukukunun şüpheli veya sanığın haklarını belirginleştirerek teminat altına alınmasına ve bu sebeple de mağdurun unutularak haklarının ve mağduriyetlerinin göz ardı edilmesine sebep olmuştur[46]. Başka bir anlatımla suçlu/fail ile devlet ilişkisinin detaylıca incelenmesi klasik ceza hukuku öğretisinin esasını teşkil etmektedir. Bundan kaynaklı olarak da bu öğretide mağdur ile devlet arasındaki ilişki göz ardı edilmiş, mağdur unutulmuştur[47].

Fakat bütün bu olgulara karşın yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren mağdur akımının, viktimoloji çalışmalarının[48], onarıcı adalet anlayışının etkisiyle yeni gelişmeler yaşanmaya başlamıştır. Yaşanan bu yeni gelişmeler var olan durumların değişmesini sağlamıştır. Günümüzde mağdurun öneminin anlaşılması ve onarıcı adalet anlayışının hakim olmasıyla birlikte bu görüşler aşılmış, yerini suçun gerçek mağdurunun birey olduğu fikri hakim olmaya başlamıştır[49]. Bu fikrin hakim olmasını sağlayan bir takım önemli sebepler bulunmaktadır. Öncelikle ortaya çıkan tüm bu koruyucu önlemlere karşın ceza yargılaması mağdurun ceza adaletine olan güvenini sarsmıştır. Zira ceza hukuku tarihinde mağdur önceliği anlayışının, aydınlanma sürecinden itibaren masumiyet karinesi, adil yargılanma hakkı gibi yargı güvencelerinin sağlanması yönünde gelişmelerle sanık önceliğine bırakması her iki süjenin korunmasındaki dengeyi bozmuştur[50]. Ayrıca geciken adalet ve mağdura olay hakkında bildiklerini hem soruşturma hem de kovuşturmada defalarca anlattırılması da onu

---

45 **Kuru, Gonca** (2015) "Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesinde Devletin Rolü" Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:5, S:2, s.65-110.

46 **Kuru**, s.66.

47 **Kuru**, s.66.

48 Viktimoloji çeviri itibariyle terim olarak mağdur bilimidir. Yani suç mağdurunu inceleyen bir bilim dalıdır. Viktimoloji, elde ettiği bilgiler ışığında, fiilin söz konusu mağdura karşı gerçekleştirilmiş olmasının sebeplerini araştırarak gelecekte oluşabilecek mağduriyetlerin önlenmesine yönelik tedbirler alınmasına olanak sağlayan bir bilim dalıdır. (**Akıncı**, s.4; **Polat, Ahmet** (2014) Viktimoloji, 1.Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, s.8; **Demirbaş**, s.353..)

49 **Akıncı,** s.19; **Demirbaş, Timur** (2014) Kriminoloji, Gözden Geçirilmiş 5.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s.354.

50 Dengenin bozulması, soruşturma ve kovuşturma evresinde bu mağdur olan kişilere karşı özensiz davranılması ve aslında mağdur adına hareket etmesi gereken görevlilerin, onların tekrar acı çekmelerine yol açması şekliyle gerçekleşmiştir. Bu olguda bu kişilerin ikinci kez mağdur olmalarına yol açmaktadır. Bu durum **ikincil viktimizasyon(mağduriyet)** olarak isimlendirilir(Akıncı, s.3.); **Wemmers**, s.216.

oldukça hırpalamakta ve yaşadığı kötü olayları tekrar yaşamak zorunda bırakmaktadır. Bu sorunu gidermek üzere yargılamada basitleşme-kısaltma eğilimleri ve mağdurun zararının giderilmesi, mağdurun konumunun güçlendirilmesi fikirleri görülmeye başlanmıştır[51].

Netice itibariyle de bu fikirlerin önem kazanması ceza hukukunda ihmal edilen suç mağdurlarının üzerine dikkatin çekilmesini ve bu yönde viktimoloji çalışmalarının yapılmasını[52] sağlamıştır[53]. Özellikle 1980 yılından itibaren mağdurların haklarının korunması ve desteklenmesi düşüncesi önem kazanmaya başlamış ve *Mağdur Destekleme Hareketi(Victim Support Movement)* kapsamında[54] ceza adaleti sistemlerinde bir dönüşüm hareketi başlamıştır. Böylece ceza adaleti sistemlerinde mağdurun ön plana çıkması ve yargılamada etkin olması sağlanmıştır[55].

Bu gelişmeler çerçevesinde bakıldığında devletin yükümlülükleri arasında kişilerin güvenliğinin sağlanması en başta gelmektedir[56]. Devletin bu ödevini yerine getiremediği takdirde, sorumluluğu nedeniyle, meydana gelen zararları devlet tazmin etmelidir. Bu noktada da mağdurun ceza adaletindeki rolünün gündeme gelmesi sonucu mağdur-devlet ilişkisi kendini göstermeye başlamıştır[57]. Bu yönde günümüzde onarıcı adalet anlayışının da hakim olmasıyla birlikte mağdur haklarına dair düzenlemelerde, mağdurun suçtan dolayı ortaya çıkan zararının devlet tarafından giderilmesi yönünde hükümler bulunmaktadır[58]. Mağdur haklarına yönelik söz konusu düzenlemelerin başında "Suçtan ve Yetki İstismarında Mağdur Olanlara Dair Temel İlkeler Bildirisi"[59] ve "Şiddet

---

51 **Wemmers**, s.216.

52 Suçun mağduru önceleri ikinci dünya savaşından itibaren kriminolojik araştırmanın konusu olmaya başlamıştır. Ancak daha sonraları mağdur bilimi olarak anılan viktimoloji, kriminoloji içinde doğmuş ve kendine özgü, bağımsız bir dal olmuştur(**Akıncı**, s.3; **Demirbaş**, s.354-355.).

53 **Akıncı**, s.8-10; Özbek, V., s.8.

54 Hakeza bu hareket kapsamında 1970'li yılların sonunda "Dünya Viktimoloji Teşkilatı(World Society of Victimologie=WSV)" kurulmuştur(**Akıncı**, s.19 vd.; **Polat**, s.24; **Demirbaş**, s.355.).

55 **UNODC**, s.8; **Özbek,** s.32; **İnceoğlu, Asuman Aytekin** (2016) "Ceza Hukukunda Mağdur Hakları Çerçevesinde Mağdurun Zararının Devlet Tarafından Giderilmesi ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkındaki Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi" Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:11, S:141-142, s.9-46.

56 **İnceoğlu**, s.9-10; **Kuru**, s.65; **Tanrıvermiş**, s.16.

57 **Özbek,** s.3; **Akıncı**,s.310-313.

58 Bu yönde uluslararası alanda mağduriyetin giderilmesine yönelik ilk düzenlemeler Yeni Zelanda (1963), İngiltere (1964), ABD (1966), Kanada (1967), Avustralya ve Avusturya (1972) şeklinde gerçekleştirilmiştir (**Özbek,** s.5; **Akıncı**, s.9-10, 308-314; **Demirbaş**, s.355; **Polat**, s.124.).

59 Birleşmiş Milletlerin 29 Kasım 1985 tarihli 96. genel toplantısında 30 sayılı kararı ile kabul edilen bildirisi.

Suçu Mağdurlarına Tazminat Ödenmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi[60]"[61] gelmektedir[62].

Onarıcı adalet anlayışının ortaya çıkması ve mağdur haklarının göz ardı edilmesinin bırakılarak ön plana çıkarılması ceza sistemlerinde mağdur yönelimli pratik ve teorik çalışmaların, düzenlemelerin yapılmasını gerekli kılmıştır. Bu çalışmalara Amerikan ve Batı ceza hukuku sistemlerinin öncülük ettiği[63], Türk ceza hukuku sisteminde bu çalışmalara katıldığı, ceza hukuku alanında uluslararası reformlar döneminin başladığı açıkça görülmektedir. Bu yönde ülkemizde yeterli olamamakla birlikte bir takım çalışmalar ve düzenlemeler bulunmaktadır. Bu çalışmalardan ilki mağdur haklarının korunmasına yönelik bir tasarının[64] kanunlaştırılmasına yönelik olan çalışmadır[65]. Türk Ceza Sisteminde mağdur-devlet ilişkisinin(mağdurların doğrudan zararlarının giderilmesi, suç mağdurlarının ekonomik, sosyal, psikolojik ve hukuki yardımlarla devlet tarafından sahiplenilmesi, desteklenilmesi ilişkisi) yanında ayrıca mağdur-fail ilişkisinin de(uzlaştırma kurumu bu ilişkinin en belirgin örneklerinden birisidir) oluşturulduğu ve bunun geliştirildiği görülmektedir[66]. Uluslararası alanda olduğu gibi Türk Ceza Sistemi[67] de gerçekleşen ve gerçekleşemeye devam eden köklü, muazzam hukuk reformları ile karşı karşıyadır[68].

Mağdurun korunması, mağduriyetin giderilmesi fikirleri, mağduru ön plana çıkaran ve önemi gittikçe artan onarıcı ceza adaleti anlayışı (onarıcı adalet

---

60 Sözleşme Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 24 Kasım 1983 tarihinde kabul edilerek imzaya açılmış, 1 Şubat 1988 tarihinde de yürürlüğe girmiştir. Türkiye söz konusu olan bu sözleşmeyi 24 Nisan 1985 tarihinde imzalamıştır. Fakat uygun bulma kanunu çıkarmadığı için sözleşmenin iç hukukumuz için uygulanabilirliği bulunmamaktadır.

61 Tabi Avrupa da bu metnin yanında birçok çalışmada yapılmıştır. Bu çalışmalardan en önemlilerinden birisi de Avrupa Konseyi'nin 1985 tarihli, Ceza ve Ceza Usul Hukukunda Mağdurun Durumuna İlişkin Tavsiye Kararıdır(R(85) 11 sayılı Tavsiye Kararı) (**Özbek,** s.114; **Akıncı**, s.332-355; **Demirbaş**, 367-368).

62 **Kuru**, s.97-98; **Özbek,** s.110 vd.; **Demirbaş**, s.357-368.

63 **Hakeri, Hakan** (2008) "Amerikan Ceza Hukukuna Genel Bir Bakış" Ceza Hukuku Dergisi, C:3, S:8, s.5-27.

64 1985 yılında imzaladığı mağduriyetin giderilmesine yönelik sözleşmeye ilişkin olarak Türk mevzuatında doğrudan bir kanun bulunmamaktadır. Ancak bu yönde 2001, 2008 ve son olarak 2017 yılında kanun tasarısı çalışmaları da olmuştur. Temenni ederiz ki biran önce bu konuda bir kanunlaşma sağlansın.

65 Bu yönde bkz. http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/1magdurhaklarikanuntasarisi.pdf s.e.t. 21.02.2019. (Söz konusu bu "Mağdur Hakları Kanunu Tasarısı" taslağı Adalet Bakanlığı tarafından 12.07.2017 tarihinde kamu kurum ve kuruluşlarına görüşe gönderilmiştir.)

66 **Akıncı**, s.360-361.

67 İçerisinde alternatif çözüm yolarını da bulunduran Türk ceza hukuku sistemi, yeni ceza adaleti sistemiyle dünyanın en önde gelen demokrasileri arasındadır (**Öztürk**, s.17.).

68 **Taşkın, Mustafa** (2010) "Fransız Ceza Hukukunda Uyuşmazlıkların Muhakeme Dışı Çözüm Yolları Bağlamında Yaptırım Sözleşmesi ve Müessesenin Türk Ceza Hukukunda Uygulanabilirliği" Terazi Hukuk Dergisi C:5, S:41, s.17-46; **Kuru**, s.100-101; **Öztürk**, s.17 .

anlayışı)[69], bütün bunların ürünü olarak ortaya çıkan uluslararası alandaki düzenleme ve çalışmalar ceza adaleti sistemini ve sistemi oluşturan mağdur-fail-devlet ilişkisini köklü bir şekilde değiştirmiş ve değiştirmeye de devam etmektedir[70].

Hülasaten 20.yüzyılın ortalarından itibaren ortaya çıkmaya başlayan mağdurun öneminin belirtildiği düşünce ve mağduriyetin giderilmesi[71] yönündeki akımların etkisi ile ceza sistemleri içerisinde mağdur-devlet(devletin mağdurun zararını giderme yoluna gitmeye yani devletin mağdura önem vermeye başlaması), devlet-fail(yine devlet karşısında zayıf konumda olan faile ilişkin hakların korunması geliştirilmesi), fail-mağdur(bu iki taraf bir araya getirilerek toplum barışının sağlanmaya çalışılması, tarafların uzlaştırılması) ilişkileri ayrı ayrı kendini göstermeye başlamıştır[72]. Bu alanda da viktimoloji(mağdur bilimi), kriminoloji(fail ve suç bilimi)[73], suç siyaseti veya politikası[74] çalışmaları yürütülmektedir.

Sanığın korunması ve haklarının geliştirilmesi gerektiği yönündeki klasik doktrinin fikirleri, ikincil plana atılan veya unutulan mağduru destekleyen düşünceler tarafından bertaraf edilmiştir. Bu durumda, mağdurun haklarının tekrardan gözetilmesini, suçtan kaynaklanan maddi ve manevi zararlarının giderilmesini içeren farklı aygıtların benimsenmesini sağlayarak nispeten yeni bir

---

69 **Arıcan**, s.75; **Bıçak**, 2011, s.78.

70 **İnceoğlu**, s.42-43; **Özbek**, s.130-131; **Güney, Niyazi / Yılmaz, Zekeriya** (2008) Dava ve Cezanın Düşürülmesi, 1.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s.707-710.

71 Mağduriyetin giderilmesi, faile aynen iade, maddi ve manevi tazminat gibi yükümlülükleri yerine getirmek suretiyle suçunun neticelerini giderebilme ve yeniden topluma dönme imkânı veren, bu sayede mağdurun suçtan kaynaklanan zararlarını gidermek gayesine hizmet ederek toplumsal barışın yeniden tesisini temin eden ve yalnız mağdurun değil, failin de ceza hukukundaki etkinliğini arttıran, her ikisini de daha aktif bir konuma kavuşturan bir ceza hukuku kurumudur(**Özbek**, s.4 vd.; **Akıncı**, s.310, 331; **Güney / Yılmaz**, s.709.).

72 **Dönmezer, Sulhi** (1977) "Devlet ve Suç Mağduru İlişkisi", Onar Armağanı, 1.Baskı, İstanbul, Fakülteler Matbaası, s. 184,85; **Yarsuvat, Duygun** (1994) "Suç Siyaseti ve Mağdurun Korunması", İnanç Kıraç'a Armağan, 1.Baskı, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, s.334.

73 Kriminoloji; Latince crimen, "suçlama" ve Yunanca logia "bilim" kavramlarından oluşan ve "suçbilim" olarak çevrilebilecek bir kavramdır. Krimiloji kavramının Türkçe de ise "suçbilim; suçları ve suçluları inceleyen bilim dalı" anlamlarına gelmektedir(**Demirbaş**, s.29).

74 Suç siyaseti veya politikası, suçları önlemek için devletin yerine getirmesi gereken faaliyetlerden söz eder. Bu itibarla suç siyaseti suça karşı mücadele etmek için devletin faaliyete koyduğu bütün araçlardan oluşur. Bu bakımdan din, ahlak da birer araç sayılabilirler(**Dönmezer**, s.7.).

ceza siyaseti tercihinin/politikasının oluşmasını ve bunun ürünü olan yeni ceza sistemlerinin meydana gelmesini sağlamıştır[75].

B.SUÇ MAĞDURU ve SUÇTAN ZARAR GÖREN

1.Suç Mağduru

Bir zamanlar ceza adaleti sisteminin unutulmuş taraf vasfı taşıyan suç mağduru, artık günümüzde ilgi odağı durumuna gelmiş bulunmaktadır. Ceza sistemleri de gün geçtikçe mağdur hâkimiyetli bakış açısına kavuşmaktadırlar[76].

Suç mağduru, Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyinin 25 Ekim 2012 Tarihli ve 2012/29/EU Sayılı Direktifinin 2'inci maddesinde "*bir suç nedeniyle fiziksel, zihinsel, duygusal veya ekonomik olarak doğrudan zarar gören gerçek kişi*" şeklinde tanımlanmıştır[77]. Birleşmiş Milletler, Suçtan ve Yetki İstismarından Mağdur Olanlara Adalet Sağlanmasına Dair Temel Prensipler Bildirisinde ise, suç mağdurları, "*Üye devletlerin yetki istismarını suç olarak yasaklayan kanunları gibi yürürlükte bulunan ceza kanunlarının eylem veya ihmal yoluyla ihmal edilmesi nedeniyle, bireysel veya toplu olarak, fiziksel veya ruhsal biçimde yararlanmada dahil olmak üzere manevi acılar çeken, ekonomik kayba uğrayana veya temel hakları esaslı bir biçimde zayıflayan ve bu suretle zarar gören kimse*" şeklinde bahsedilmiştir[78]. Mağdur Hakları Kanunu Tasarısının 2.maddesinin 1.fıkrasının "g" bendinde ise mağdur, "*suç nedeniyle fiziksel, zihinsel, ruhsal veya ekonomik olarak doğrudan zarar gören kişi*" şeklinde ifade edilmiştir. Ceza Kanununda ve Ceza Muhakemesi Kanununda mağdur kavramına yer verilmemiştir. Suçun mağduru ile kastedilen, suç kabul edilen fiil dolayısıyla hakkı ihlal olunan ve cezai korumanın mevzuunu teşkil eden varlık ya da menfaatlerin sahipleridir[79].

---

75 **Özbek**, s.34.

76 **Wemmers,** s.217-218.

77 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32012L0029 s.e.t. 22.02.2019.

78 http://www.un.org/documents/ga/res/40/a40r034.htm s.e.t. 22.02.2019.

79 **Dinler, Veysel**, "Mağdur Kavramına Çok Yönlü Yaklaşım": Bahar, Halil İbrahim(Ed.) (2006) Suç Mağdurları, 1.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s.49.

Her suçta var olan ve suçun maddi unsurlarından birisi olan mağdur, suçun maddi konusunun ait olduğu kimsedir[80]. Suçun mağduru, bir suçun doğrudan doğruya mağduru olmuş kişilerdir. Bunlar aynı zamanda birincil mağdurdur. Ancak bir suçun işlenmesinden dolayı etkilenen kişiler suçtan zarar göreni de içerisinde bulunduran ikincil mağdur kavramı ile ifade edilmektedir[81]. Mağdur cezai koruma altında bulunan hakkının veya menfaatinin bir suç dolayısıyla ihlal edildiği kişidir[82]. Örneğin kasten adam öldürme neticesinde ölen kişi suçun mağduru iken bu suç dolayısıyla yaşam hakkı elinden alınan kişinin yakınları suçtan zarar gören kişilerdir[83]. Geniş manada mağdur içerisinde suçtan zarar gören kişide bulunmaktadır. Mağdur ve suçtan zarar gören kişiler, bir suç dolayısıyla mağduriyetine yol açılan kimselerdir[84].

2.Suçtan Zarar Gören

Suçtan zarar gören kavramı ile mağdur kavramı aynı anlamı ifade etmezler. Suçtan zarar gören kavramı mağdur kavramından daha geniştir[85]. Suçtan zarar gören gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. Ancak bir suçun mağduru sadece gerçek kişi olabilir. Suçtan zarar görenin de soruşturma evresinde mağdur ile birlikte bazı yetki ve yükümlülükleri bulunmakta; kovuşturma evresinde ise katılan (müdâhil) sıfatıyla daha aktif olarak muhakemede yer almaktadır[86]. Doktrindeki bazı yazarlara göre "*tazmin edilebilir bir zarara uğrayan, dolayısıyla iade ve tazmini isteme hakkına sahip olan ve ceza davasına katılabilen kişidir*"[87].

Başka bir ifadeyle, suçtan zarar gören, suç teşkil eden fiille doğrudan hakkı ihlal edilen yararın sahibi olan kişidir. Suçtan zarar gören sıfatı, mağdurun yaşamda olduğu durumlarda ve mağdur reşit ve mümeyyiz ise bir başkasına geçemez. Yani bir suçun mağduru, işlenen suç kural olarak ona karşı haksızlık

---

80 **Artuk, Mehmet Emin / Ahmet, Gökcen / Yenidünya, Caner** (2013) Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 7.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s.283.

81 **Akıncı**, s.5.

82 **Katoğlu, Tuğrul** (2012) "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları" Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:61, S:2, s.657-695.

83 **Ünver, Yener / Hakeri, Hakan** (2015) Ceza Muhakemesi Hukuku, 10.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s.307.

84 **Katoğlu**, s.661-662.

85 **Artuk / Gökcen /Yenidünya**, s.283.

86 **Ünver / Hakeri**, s.307.

87 **Toroslu, Nevzat / Feyzioğlu, Metin** (2013) Ceza Muhakemesi Hukuku, 14.Baskı, Ankara, Savaş Yayınları, s.109.

oluşturduğundan suçtan zarar görendir[88]. Örneğin, bir kişiyi hürriyetinden mahrum etme suçunda suçtan zarar gören sıfatına, doğrudan alıkonulan kişi sahiptir, yani bizzat mağdurun kendisi suçtan zarar gören kişidir. Ancak bu kişi reşit değilse, yasal temsilciler suçtan zarar gören kişidir[89]. Dolayısıyla bir suçtan, onun mağdurundan başka, diğer kişiler de hukuken korunan bir haklarının ihlali ile zarara uğramış olabilirler. Bu durumda suçtan zarar gördüklerinden suçtan zarar gören olarak bir çok ceza ve ceza muhakemesi hukuku haklarına sahiptir[90].

Hulasaten üzerinde durulan "suçtan zarar gören" ve "mağdur" kavramlarından onarıcı adalet anlayışı eksenli yapılan çalışmalarda hangisinin kullanılmasının daha yerinde olacağının belirlenmesi gerekmektedir. Bu noktada aşağıda eleştirmekle birlikte; mağdur hakları kanun tasarısının m.19'da bahsedilen yardım yapılacak kişiler ve diğer maddelerden, düzenlemenin suçtan zarar görenlere yönelik olduğu görülmektedir. Hakeza uzlaştırma kurumunu düzenleyen 253.maddenin 4, 6, 7, 13'üncü fıkralarında uzlaşacak taraf olarak suçtan zarar göreninde gösterilmesi ve edimin suçtan zarar görene yapılmasının da öngörülmesi, bu düzenlemede de suçtan zarar görenin öne çıktığını göstermektedir. Netice itibariyle onarıcı adalet anlayışı eksenli yapılan çalışmalarda sınırlarını netleştirmek ve genişletmemek kaidesiyle "*suçtan zarar gören*" kavramının kullanılması çok yerinde olacaktır.

C. SUÇTAN DOĞAN MAĞDURİYETİN GİDERİLMESİ ve ZARARI ÖDEMEK

1.Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi

Bir suçun mağduru olan kişinin en temel haklarından biri, suç nedeniyle uğramış olduğu mağduriyetin giderilmesidir. Bununla birlikte mağdurun haklı çıkarlarının korunması ile sağlanabilecek olan hukuk barışı hukuk devletinin en önemli gereğidir. Ancak mağduriyetin giderilmesi, devlet için sadece sosyal bir yükümlülük değil, aynı zamanda adalet ve hakkaniyetin de sağlanması için çok önemli bir vazifesidir[91].

88 **Artuk / Gökcen / Yenidünya**, s.283.
89 **Ünver / Hakeri**, s.310.
90 **Artuk / Gökcen / Yenidünya**, s.283-284.
91 **Özbek**, s.93.

Mağduriyet kavramı çok geniş bir kavram olmakla birlikte hem hukuksal alanda hem de hukuk dışında birçok alanda karşılaşılan bir olgudur[92]. Bu yönden var olan mağduriyetin giderilmesinin hem medeni hukukta hem de ceza hukukunda bir karşılığı bulunmaktadır. Ceza hukukunda mağduriyetin giderilmesi veya mağdurun zararının giderilmesi ile suç oluşturan fiil ile meydana gelen zararın fail tarafından ceza hukuku içindeki veya dışındaki bir usul yoluyla ortadan kaldırılması kastedilmektedir[93]. "Suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi", kavramının "*mağduriyetin telafi edilmesi"* veya "*mağdurun tatmin edilmesi"* kavramlarına yakın bir kavram olduğu da belirtilmiştir[94].

Suçtan doğan mağduriyetin giderilmesinde sadece fail değil aynı zamanda devletin, sigorta ve mağdur kuruluşlarının da yer aldığı kabul edilmektedir. Özellikle devletinde bu mağduriyetin giderilmesinde yer alması, devletin vatandaşını suçtan koruma görevinden kaynaklanmaktadır[95].

Suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi kurumu sosyal devlet ilkenin bir gereği olarak idare hukukunun içerisinde yer almalı şeklindeki eski düşünce[96] yerini günümüzde, bu kurumun ceza sisteminde bağımsız olamayacağı, bu nedenle de ceza hukuku ile bağlantılı olarak ceza hukuku imkanları içerisinde değerlendirilmesi gerektiği fikri ön plana çıkmıştır[97]. Aslında mağduriyetin giderilmesinin kendine özgü yapısının var olduğu ve bu sebeple bu kurumun ne tazminatın ne de cezanın yapısına uymadığı; daha ziyade ceza muhakemesiyle ilişkili olduğu ve hukukun diğer alanlarıyla işbirliği içinde yürütülen bir yapısı bulunduğu ileri sürülmektedir[98].

Peki ceza sistemi içerisinde ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku kurumu olduğu ileri sürülen suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi kurumunun hukuki vasfı nedir? Sorusu üzerine karşımıza üç husus çıkmaktadır: İlki,

---

92 Çok geniş kavram olan mağduriyet kavramı çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilmektedir: Fiziksel mağduriyet, kişinin vücut bütünlüğüne yönelik bir saldırı ve uygulanan şiddet sonrası ortaya çıkar; Sosyal mağduriyet, bir kimsenin toplumsal ilişkisinin zarar görmesi veya statü ve prestij kaybı neticesinde ortaya çıkar; Ekonomik mağduriyet, kişiye ait ekonomik değerlerin kayba uğramasıdır; Ruhsal mağduriyet ise, kişinin psikolojik bütünlüğüne karşı uygulanan şiddet neticesinde gerçekleşmektedir(**Dinler**, s.49.).

93 **Dinler**, s.50.

94 **Özbek / Yerdelen / Altuntaş ve diğerleri,** s.234.

95 **Özbek**, s.165.

96 **Özbek**, s.165.

97 **Özbek**, s.166.

98 **Yarsuvat**, s.334; **Özbek**, s.166.

ceza hukukunun, dolayısıyla ceza hukuku yaptırımlarının yerine, mağduriyetin giderilmesine ilişkin edimlerinin geçmesidir. İkinci husus, ceza hukuku yerine geçemez ancak ceza hukukunda yer alan yaptırımlara ek olarak yeni bir yaptırım biçimi olabilir. Üçüncü husus, mağduriyetin giderilmesi ne ceza hukukundaki yaptırımların yerine geçebilir ne de bu yaptırımların yanında yeni bir yaptırım olarak görülebilir; ancak sadece ceza hukuku içerisinde yer alabilecek bir kurum olabilir denilmektedir[99].

2.Zararı Ödemek (Tazmin-Tazmin Etmek)

Arapça kökenli olan "tazmin" terimi ile genel olarak bir zararın ödenmesi anlamının kastedildiği; "tazmin etmek" ifadesinin ise "zararı ödemek" anlamında olduğu ve haksız olarak elde edilen kazanç ve faydaların iade edilmesi anlamına geldiği belirtilmektedir[100].

Sonuç olarak "*suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi/ mağduriyetin telafisi*" ile "*zararı ödemek/tazmin/ zararın giderimi*" kavramlarının ele alınmasındaki temel sebep, onarıcı adalet anlayışı eksenli yapılacak olan düzenlemelerde bu iki kavramın farklı olduğunu göstermek ve tercih edilen kavramlara dikkat edilmesini sağlamak içindir.

Bütün mevzuat ve kurumsallaşmaya yönelik çalışmaların temelinde onarıcı adalet anlayışı ile mağdur akımı bulunmaktadır[101]. Bu akım ve anlayışta, maddi zararın giderimi veya tazmininin ötesinde, bir bütün olarak mağduriyetin giderilmesine odaklanılmaktadır. Bu sebepten ötürü de mevzuatlarda ve çalışmalarda mağduriyetin giderilmesi veya buna yönelik terimlerin kullanılması pek yerinde olacaktır. Örneğin, uzlaştırma kurumunda "edim" kavramının kullanılması(CMK.m.253/19, 254/2) bir çok eleştiriyi beraberinde getirmiştir. Zira bununla yalnızca zararın giderilmesini kastedildiği, mağduriyetin giderilmesini içermediği ve fail için "zararı öde kurtul" şeklindeki bir duruma yol açtığı belirtilmektedir[102].

---

99 **Özbek**, s.166.

100 http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&kelime=tazmin%20etmek&cesit=1&guid=TDK.GTS.5c7 836c5429955.87366964 s.e.t. 28.02.2019; **Çetintürk**, s.650.

101 **Yavuz, Hakan A.** (2015) "Onarıcı Adalet Ve Uzlaştırma Kurumu Bağlamında Ceza Adalet Sisteminde Mağdurun Konumu" Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y:6, S:23, s.85-115.

102 **Yavuz**, s.103.

II. TÜRK CEZA SİSTEMİNDE MAĞDURİYETİN GİDERİLMESİ AÇISINDAN CEZA MUHAKEMESİ SİSTEMİNDEKİ UZLAŞTIRMA KURUMU İLE MAĞDUR HAKLARI TASARISININ İNCELENMESİ

A. GENEL OLARAK TÜRK CEZA SİSTEMİNDE SUÇTAN DOĞAN MAĞDURİYETİN GİDERİLMESİ

Dünya üzerindeki oluşan ve gelişen etkili akım ve fikirler ile birlikte sadece failin cezalandırılmasının tek başına adaletin sağlanması için yeterli olmayacağı, ceza adaletinde dengenin sağlanması için failin fiili neticesinde zarar gören kişinin zararının giderilmesi gerektiği, ceza sistemlerinde failin korunduğu gibi mağdurun da korunması ve bunun için mağdura ilişkin önemli hakların getirilmesi gerektiği, mağdurun devletin araya girmesi sebebiyle ikinci plana atılmasının engellenmesi gerektiği gibi bir çok haklı ve sistemlere yansıyan etkiler oluşmuştur[103]. Bu sayede artık günümüzde suçu önleyememesinden dolayı, devletin mağdurun suçtan doğan zararını gidermesi yönünde mağdur haklarına dair düzenlemelere yer vermesi gerektiği ifade edilmektedir[104].

Mağdur-devlet ilişkisi 1950'li yıllardan itibaren viktimoloji hareketinin ve suç politikalarının sadece fail odaklı olması eleştirilerinin etkisi ile oluşmaya başlamıştır[105]. Buna göre, ceza adaleti sistemi içerisinde mağdurun yerini alması ve mağdurun suçtan doğan mağduriyetinin giderilmesi yönünde, ülkelerin ceza sistemlerinde çalışmalar başlamıştır. Sonuç olarak mağdur akımının güçlenmesi ve onarıcı adalet anlayışı ile mağduriyetin giderilmesi gerektiği yönünde fikir ile birlikte failin yanında devletin de yükümlülüğünün olduğunun kabulü gerektiği belirtilmektedir[106]. Uluslararası alanda mağdur haklarına yönelik birçok düzenleme yapılmıştır. Bunların başında, "Suçtan ve Yetki İstismarında Mağdur Olanlara Dair Temel İlkeler Bildirisi" ile "Şiddet Suçu Mağdurlarına Tazminat Ödenmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi" gelmektedir[107]. Viktimoloji alanında yapılan çalışmalar da Yeni Zelanda (1963), İngiltere (1964), ABD (1966), Kanada (1967), Avusturya (1972), Finlandiya (1973), Almanya (1976)

---

[103] **Kaplan, Mahmut** (2015) "Onarıcı Adalet ve Türk Ceza Hukukuna Yansımaları" Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C:5, S:1, s.59-86; **Özbek, M**., 2005, s.99.

[104] **Kuru**, s.65.

[105] **Yarsuvat**, s.333.

[106] **Özek, Çetin** (1984) "Suç Mağdurunun Korunması İle İlgili Bazı Sorunlar" İÜHFM, C:50, S:1-4, s.13-67.

[107] **Kuru**, s.97-98; **Özbek,** s.110 vd.; **Demirbaş**, s.357-368.

gibi birçok ülkelerin ceza sistemlerine suç mağdurlarının zararlarının devlet tarafından giderilmesi yönünde kanunlar getirilmesini sağlamıştır[108]. Hakeza Asya ve Pasifik ülkelerinde mağdur ve onarıcı adalet temelli ceza sistemi geliştirilmesi yönünde Birleşmiş Milletler tarafından, Birleşmiş Milletler Asya ve Uzak Doğu Suç Önleme ve Suçluların Arıtılması Enstitüsü (UNAFEI) oluşturularak Asya ve Pasifik ülkelerinin ceza sistemlerinde reform imkanı yaratılmıştır[109]. Bu yönde Türk Ceza Sistemine bakıldığında şunlar söylenebilir:

Türk Ceza Sisteminde 765 Sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu ile 1412 Sayılı Mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, medeni hukuk ve ceza hukuku ayrımının kesin olduğunu ve tazminat hususunun ceza alanında yer alamayacağını, medeni hukuk içerisinde yer alabileceği fikrini benimseyen "klasik doktrinin" tesiri altında kaleme alınan kanunlar bulunmaktaydı[110]. Doktrinde ise suçtan zarar görenin sadece ve doğrudan devlet olduğu, buna göre sadece devlet-fail arasında güçlü bir ilişki olduğu, devlet ile mağdur arasında bir ilişki bulunmadığı fikri kabul görmekteydi[111].

Ancak yukarıda belirtilen fikir ve etkilerin yansıması ile Türk Ceza Sisteminde de mağdurun ihtiyaçlarının karşılanması ve ikincil mağduriyete uğramalarının önüne geçilmesi gayesiyle, 2005 yılı sonrasında pek çok kanunda çeşitli düzenlemeler yapılmıştır[112]. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, Türk Ceza Kanunu'nda, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da, Çocuk Koruma Kanunu'nda, Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu'nda, Tanık Koruma Kanunu'nda, Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun' nda, Terörle Mücadele Kanunu'nda, Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun' nda ve benzeri birçok alanda mağdur haklarına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır[113]. Bu düzenlemeler ile hem mağdura devlet koruması getirilmeye çalışılmış hem de mağdur ve katılana sağlanan haklar sanık veya şüpheli ile paralel bir şekilde hükümler içererek fail ile mağdur arasındaki denge oluşturulmaya çalışılmıştır[114]. Başka bir anlatımla

---

108 **Özek**, s.37; Akıncı, s.9.

109 https://www.unafei.or.jp/english/about/History.html s.e.t. 23.02.2019.

110 **Uslu**, s.252.

111 **Özek**, s.14-15.

112 **İnceoğlu,** s.11.

113 **İnceoğlu,** s.11.

114 **Değirmenci, Olgun** (2008) "Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları" Türkiye Barolar Birliği, S:77, s.33-86.

dünyada yaşanan mağdur haklarındaki gelişmeler ile birlikte onarıcı adalet anlayışının Türk Ceza Sistemine olan yansımalarının arttığı belirtilmektedir[115].

Mağdur haklarının korunmasına ilişkin olarak getirilen bu düzenlemeler olumlu olmakla birlikte, hem mevzuattan hem de uygulamadan kaynaklanan noksanlıklar bulunmaktadır. Bu noksanlıklardan en önemlisi de mağdurların zararının suç failleri tarafından karşılanmasının mümkün olmadığı hallerde, zararın devlet tarafından giderilmesine ilişkin herhangi bir düzenlemeye Türk mevzuatında yer verilmemiş olmasıdır[116]. Gerçekten de Türk Ceza Sisteminde mağdurun uğramış olduğu zararının tazminine yönelik olarak bu düzenlemeler içerisinde doğrudan hüküm bulunmamaktadır[117]. Ancak bu düzenlemeler içerisinde doğrudan olmasa bile mağdurun ihtiyaçlarının karşılanması ve ikincil mağduriyete uğramalarının önüne geçilmesi gayesiyle yukarıda da belirtiğimiz üzere dolaylı olarak mağdur haklarına ilişkin düzenlemelerde bulunmaktadır. Bu düzenlemelerde mağduriyetin giderilmesi aynen iade, tazmin (maddi veya manevi) gibi değişik şekillerde yapılabilmektedir[118]. Bu açıdan Türk Ceza Sistemindeki kanuni düzenlemeler henüz söz konusu uluslararası belgelerde yer alan ölçütlere kıyasen yeterli olmasa da çeşitli kademelerde devam eden gayretler bulunmaktadır[119].

Mağdur hakları tasarısı kanunlaşmadığından şuan için mağduriyetin giderilmesinde failin aktif sorumluluk üstlenmesi ve fail tarafından zararın giderilmesi fikri ön planda olup Türk mevzuatında bu konuda doğrudan hükümler bulunmaktadır. Fakat özellikle hem suç failinin bulunamamasından hem de failin ekonomik yetersizliğinin bulunmasından kaynaklı olarak yani fail kaynaklı sebeplerden ötürü mağdurun suç sonucu oluşan mağduriyeti giderilememektedir[120]. Ayrıca, devletin cezalandırmadaki menfaatinin devam etmesi ve mağdurun menfaatinin ikincil derecede kalması mevcudu mağdurun mağduriyetini gidermek bir yana mağduriyetini daha da arttırmaktadır[121]. Başka bir anlatımla

---

115 **Çetintürk**, s.650.

116 **İnceoğlu,** s.11.

117 **İnceoğlu,** s.11.

118 **Kaplan**, s.61.

119 **Kuru**, s.65.

120 **Dönmezer**, s.181; **Kafes, Veli** (2011) "Ceza Hukukunda Mağdurun Zararının Giderilmesi" Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:60, S:1, s.83-156.

121 **Dönmezer**, s.181.

kötü işleyen ceza adaleti sistemi, bir suçun mağduru olan kimsenin aynı zamanda tekrardan mağdur olmasına yol açmaktadır[122]. Netice itibariyle de mağdur için ceza adaleti içine girmek, zaman, kazanç, psikolojik birçok kayıpları da beraberinde getirdiği gibi, gerçek mahiyette mağdurun mağduriyetinin giderilmesini de sağlayamamaktadır[123].

Bu noktada mağdura ceza muhakemesi içinde önemli ve etkili korumanın mümkün olabilmesinin faille birlikte devletin de mağdurun mağduriyetinin giderilmesinde aktif olarak yer alması ile sağlanabileceği ifade edilmektedir[124]. Diğer bir ifadeyle, mağdurun asıl olarak korunmasının, devlete de sorumluluk yüklenmesiyle, devletin sorumluluğu yüklenerek fail-devlet ilişkisinin yanına devlet-mağdur ilişkisinin de kurulmasıyla mümkün olacağı belirtilmektedir[125]. Neticede suçtan doğan mağduriyetin giderilmesinde devlette sorumluluk, yükümlülük üstlenmesi gerektiği belirtilmektedir[126].Mevcut yasal düzenlemelere göre, Türk hukukunda mağdurun fail tarafından mağduriyetinin giderilmesi mümkün ise de suç mağdurunun ve yakınlarının uğradığı zararları devletin gidermesi mümkün değildir. Bu hususun şuan için tek istisnası terör suçu mağdurlarının uğradıkları zararlarının devlet tarafından tazmin edilmesidir[127]. Ancak bu halihazırda geçerli olan düzenlemeler olup, ilerisi için ümit verici şekilde çalışmalar yapılmaktadır. Bunlardan birisi de 2017 tarihli Mağdur Hakları Tasarısıdır. Bu Tasarı ile birlikte devlette suçtan ortaya çıkan mağduriyetin giderilmesi noktasında yükümlülüğü üstlenmiş olacaktır.

Diğer ceza sistemlerinde olduğu gibi Türk ceza adaleti sisteminde de fail odaklı geleneksel anlayıştan mağdur ve çözüm odaklı yeni anlayışa geçiş şeklinde bir dizi değişiklikler yapılmış ve yapılmaya da devam etmektedir[128]. Son zamanlarda AB uyumunun da vermiş olduğu ivme ile birlikte Türk ceza adaleti sisteminde mağdur haklarının güçlendirilmesi yönünde bir çok çalışma yapılmaktadır. Türk ceza adaleti sisteminde yapılan çalışmalar ile değişim sürecinde mağdurun önemi gittikçe arttırılmaktadır[129]. Bu önemin oluşmasında uzlaş-

122 **Dönmezer**, s.181.
123 **Dönmezer**, s.182; **Özek**, s.36.
124 **Özek**, s.36.
125 **Dönmezer**, s.185.
126 **Karakaş**, s.1017.
127 **Kafes**, s.118.
128 **Yavuz**, s.86.
129 **Yavuz**, s.85; **Kaplan**, s.61.

tırma kurumu başta olmak üzere mağdurlara yönelik Adalet Bakanlığı bünyesinde yapılan teşkilatlanma ve düzenlemeler (mağdur haklar kanun tasarısı) bulunmaktadır. Bu çalışmalardan en önemlilerinden iki tanesi olan uzlaştırma kurumu ile mağdur hakları tasarısı mağduriyetin giderilmesi noktasında mukayese ederek aşağı başlıklarda ele alınacaktır.

B. SUÇTAN DOĞAN MAĞDURİYETİN GİDERİLMESİ AÇISINDAN UZLAŞTIRMA KURUMU

Mağdur yönünden uzlaştırma kurumunun, ceza sistemlerine bir çok etkisi ve yararları bulunmaktadır[130].

Bu noktada onarıcı adalet anlayışının bir yansıması olarak uzlaştırma(Victim-Offender Mediation) ile mağdurun zararı giderilerek suç sebebiyle bozulan hem mağdur ve fail yani birey ilişkisi yönünden hem de toplumsal ilişkiler yönünden ilişkiler onarılmakta, eski haline getirilmektedir. Yani bir nevi uzlaşma onarıcı adalet anlayışının uygulanan şekillerinden birisi olmaktadır[131]. Türk mevzuatına bu kurum, ilk olarak 2005 yılında yasal düzenlemeler 5237 sayılı Türk Ceza Kanun[132] (TCK.m.73/8) (Mülga:6/12/2006-5560/45md.), 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanun[133] (CMK.m.253-255), 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu[134]'nda (ÇKK.m.24) yapılan eklemeler ile getirilmiştir[135].

Uzlaştırma kurumu, Türk ceza hukuku sistemi içerisinde ilk kez TCK.m.73/8(Mülga:6/12/2006-5560/45md.) ve CMK.m.253,254 ve 255 mad-

130 **Çetintürk**, s.168.

131 **Eryılmaz**, s.33.

132 RG: 12.10.2004; 25611.

133 RG: 17.12.2004; 25673.

134 RG: 15.07.2005; 25876.

135 **Gerçeker, Hasan** (2018) "*Ceza Hukukuna ve Ceza Hukuku Sistemindeki Değişime Genel Bir Bakış*" Fasikül Hukuk Dergisi, C:10, S:100, (s.443-452), s.443; **Arslan** s.12; **Aydın, Murat** (2017) "*6763 Sayılı Kanun ile Getirilen Uzlaşma Kurumunun Uygulanması*" Terazi Hukuk Dergisi, C:12, S:126, (s.69-77), s.72; **Akcan, Esra** (2015) "*Ceza Hukukunda Mağdurun Korunmasına Yönelik Düzenlemeler*" Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:16, S:Özel, (s.3949-3997), s.3949; **Uğur, Hüsamettin** (2010) "*Suça Sürüklenen ve Suç Mağduru Çocuklarda Uzlaşma*" Terazi Hukuk Dergisi, C:5, S:43, (s.123-144), s.123; **Bahadır, Uğur** (2015) "*Ceza Muhakemesi Kanunun 253/4'üncü Maddesi Gereğince Çocuklara Yapılacak Uzlaşma Teklifinde Uygulanan Usulün Anayasa ve Milletlerarası Sözleşmelere Aykırılık Sorunu*" Adalet Dergisi, S:51, (s.164-176), s.166.

deleri ile getirildiğinde kendisinden çok şey beklenilen bir kurum olarak düşünüldüğü halde istenilen neticeler elde edilememiştir[136]. Bu bakımdan kendisinden beklenilen sonuçları vermesi için uzlaştırma kurumunu düzenleyen yasal mevzuat üzerinde 2006 tarihli 5560 sayılı[137], 2009 tarihli 5918 sayılı[138] ve en son 2016 tarihli 6763 sayılı[139] Kanunlar ile değişiklikler yapılmıştır[140]. Uzlaştırma kurumu, ilk getirildiğinde hem TCK hem de CMK' da yer alan kurum olmasına rağmen 2006 tarihli 5560 sayılı Kanun değişikliği ile TCK' dan çıkartılmış, tamamen CMK' da ele alınmıştır.

Onarıcı adalet uygulamalarından uzlaştırmaya, ceza adalet sistemimiz bakımından, bir ceza muhakemesi kurumu olarak, ancak geleneksel ceza adalet anlayışının temel felsefesinden tamamen farklı bir ceza adalet anlayışı olarak bakılması doğru olacaktır[141]. Çünkü cezanın ve geleneksel ceza adalet anlayışının uyuşmazlığı mağdur ve failin elinden alan, mağduru dışlayarak faili merkez alan ve onun ıslahını amaçlayan, faili damgalayarak toplumdan tecrit eden, mağdur ve failin bozulan ilişkilerini onarmayı başaramayan ve hatta aralarındaki husumeti artıran, failin yaptığı eylemin sorumluluğu üstlenmesini sağlayamayan özellikleri bulunmaktadır. Buna karşılık, *uzlaştırma* mağdur ve faile ellerinden alınan uyuşmazlığı geri vermeyi[142], hem faili hem mağduru hedef alarak ikisinin de gördüğü zararları telafi etmeyi, faili damgalamadan topluma yeniden kazandırmayı, mağdur ve fail arasında bozulan ilişkileri onararak toplumsal barışı sağlamayı ve faili yaptığı haksızlığı anlayarak eyleminin sorumluluğunu üstlenmesini amaçlamaktadır[143]. Bu nedenle uzlaştırma, mağduriyetin

---

136 **Yurtcan,** 2018**,** s.722 vd.; **Öztürk / Erdem**, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s.1124 vd.; **Malkoç, İsmail / Yüksektepe, Mert** (2008) Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, 1.Baskı, Ankara Malkoç Kitabevi, s.1370 vd.; **Kunter / Yenisey / Nuhoğlu**,s.42 vd.

137 RG: 19.12.2006; 26381.

138 RG: 09.07.2009; 27283.

139 RG: 24.11.2016; 29906.

140 **Özbek, V.**, *"Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Kurumunun 6763 Sayılı Kanun Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi"*, s.7; **Yalçınkaya, Can** (2016) *"Değişiklikten Önceki Hali ile Uzlaşma ve 6763 Sayılı Kanun ile Düzenlenen Uzlaştırma Kurumlarının Değerlendirilmesi*" Fasikül Hukuk Dergisi, C:8, S:84, (s.17-22), s.18; **Arslan**,2008, s.12 vd.; **Akcan**, s.395; **Gerçeker**, s.74.

141 **Arslan, Mualla Buket** (2006) Türk Ceza ve Ceza Usul Hukukunda Uzlaşma Kurumu, 1.Baskı, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, s.31-32.

142 Mağdurun Mağduriyetinin Fail Tarafından Giderilmesi = Türk Ceza Sisteminde Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesinde Uzlaştırma Kurumundaki Failin Yükümlülüğü.

143 **Arslan,** s.98.

giderilmesini de kapsayan, ancak onun daha ötesinde, kendi yaptırım sistemini de içinde barındıran geleneksel ceza adalet sisteminden çok farklı bir adalet anlayışı ortaya koymaktadır. Üstelik bu bakış açısı uzlaştırmanın, geleneksel ceza adalet anlayışı içerisinde erimesini önleyecek ve uzlaştırmaya sadece ceza adalet sisteminin iş yükünü, masraflarını azaltan ve davaları hızlandıran bir kurum olarak bakılmasını engelleyecektir[144].

Türk Ceza Sistemine yargının iş yükünü azaltma araçlarından birisi olarak giren uzlaştırma kurumu, CMK.m.253 ilâ 255 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu madde hükümlerine göre kanunun çizmiş olduğu kapsam içerisinde yer alan uzlaştırma kurumunun uygulanabileceği suçlarda mağdurun kamu tüzel kişisi olmaması ve gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olması şartıyla tarafların özgür iradesi uzlaşmak istedikleri yönündeki beyanları ile kurumun uygulanması mümkündür[145].

Günümüz ceza adaleti sistemi, mağdurun duygularını, ihtiyaçlarını ve beklentilerini dikkate almamakta, yalnızca maddi gerçeğin bulunmasıyla ilgilenmektedir. Ancak mağdur genellikle kanunun ihlal edilmesiyle, gerçeğin bulunmasıyla veya failin cezalandırılmasıyla ilgilenmemektedir[146]. Mağdurun öncelikli isteği maddi ve manevi zararlarının gidilerek tatmin edilmesidir. Bu sebeple mağdurun maddi ve manevi zararlarının giderilmesi, mağdurun failin cezalandırılması talebini ve bu sayede ondan intikam alması şeklindeki duygusunu tatmin edebilecektir[147]. Bu noktada uzlaştırmanın en önemli gayeleri arasında adaleti sağlamak ve mağdurun veya suçtan zarar görenin tatmin edilmiş olması bulunmaktadır[148]. Uzlaştırmanın gereklerinden birisi olarak "zararının

144 **Çetintürk**, 167 vd.

145 **Arslan**, s.98.

146 **Orth**, s.64.

147 **Orth,** s.63

148 **Orth,** s.63(Bu çalışmada özellikle faile verilen cezanın mağduru gerçekten tatmin edip etmediği yapılan çeşitli araştırmalar ile incelenmiştir. Buna göre de eğer ceza verilmesi mağdurun intikam duygularını tatmin ediyorsa, ceza verilmemesi halinde mağdur bundan rahatsız olacak ve ceza olgusuna olumsuz yaklaşan uzlaştırma uygulamalarını istemeyecektir. Hakeza bu çalışmada sunulan bir diğer araştırma da failin cezalandırmasının intikam duygularını etkilemediğini göstermiştir. Özellikle şiddet içeren suçlara maruz kalan mağdurların yıllar sonra dahi intikam duygusunu taşıdıklarını göstermiştir. Mağdurun maddi ve manevi kayıplarının telafisi, mağdurun intikam duygularının azalmasına failin cezalandırılmasından çok daha fazla katkı sağlayabilmektedir.).

tamamının değil ancak en azından mağduru veya suçtan zarar göreni asgari düzeyde tatmin edecek bir kısmının karşılanması" hususu karşımıza çıkmış olacaktır[149].

Uzlaştırma, fail tarafından mağduriyetin giderilmesi, aynen iade, maddi veya manevi edimlerin yerine getirilmesi vasıtasıyla faile suçun vahametini gösteren yine fiilin ortaya çıkarmış olduğu sonuçları giderebilme olanağı sağlayan ve böylece de toplumsal barışın yeniden oluşması imkanı veren bir müessesedir[150]. Böylece fail tarafından mağdurun mağduriyetinin giderilmesi, failin gerçekleştirmiş olduğu fiilin sorumluluğunu üstlenmesini sağlanmaktadır[151].

5560 sayılı Kanunla[152] yapılan değişiklik öncesinde CMK.m.253 hükmü "Fail, suçu ve fiilinden doğmuş olan maddî ve manevî zararın tümünü veya bunun büyük bir kısmını ödemeyi veya zararları gidermeyi kabullendiğinde durum, mağdura veya varsa vekiline veya kanunî temsilcisine bildirilir." şeklinde ifade edilmiştir. Burada kullanılan "ödenme" ile "giderilmesi" ifadelerinden sırasıyla "ödeme" ile suçtan doğan zararın nakden tazminini; "giderilme" ile de suçtan önceki hale getirme veya aynen iadesinin anlaşılması gerektiği belirtilmekteydi[153]. Bu hükümlerden de çıkarılacağı üzere maddi ve manevi zararın kısmen de giderilmesi uzlaştırmanın gerçekleşmesi için yeterli sayılmıştı. Ayriyeten, maddi ve manevi giderim ile eski hale getirme imkanları açıkça ortaya konulmuştu[154]. Yani kanun koyucu zararın ödenebileceğinden, giderebileceğinden söz konusu hükümle söz etmekteydi[155]. 5560 sayılı değişiklik sonrasında bu hüküm kaldırılmıştır. Bu hükmün kaldırılmasında ve hüküm konulmamasında kanun koyucunun uzlaştırma kapsamını belirlemek amaçlı yapacak olduğu tanımın uygulamayı kısıtlayabileceği fikrinin etkili olduğu belirtilmektedir[156]. Bunun yerine kanunda doğrudan mağduriyetin giderilmesi şeklinde ifade edilmemekle birlikte "edim" olarak isimlendirildiği CMK.m.253/19, 254/2

149 **Özbek / Yerdelen / Altuntaş ve diğerleri,** s.234.

150 **Özbek**, s.29.

151 **Karakaş, Fatma Doğan** (2013) "Uluslararası Düzenlemeler Işığında Mağdur Haklarının ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi" Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:19, S:2, s.1007-1029; **Yavuz**, s.102.

152 RG.: 19/12/2006, 26381.

153 **Arslan**, s.129.

154 **Arslan**, s.128.

155 **Kaymaz, Seydi / Gökcan, Hasan Tahsin** (2007) Uzlaşma ve Önödeme, 2.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s.137.

156 **Kaymaz / Gökcan,** s.137.

(Yön.m.20,27) dolaylı hükümleri[157] ile Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliğinin "Edimin Konusu" başlıklı 33.maddesinde[158] bulunan doğrudan hükümle mağdurun ne şekilde mağduriyetinin giderilebileceği düzenlenmektedir. Ancak kanun veya yönetmelikte edimin tanımı yapılmamıştır[159]. Uzlaştırmanın neticesinde, eğer uzlaşma sağlanmışsa edim yoluyla mağdurun mağduriyetinin, zararının giderilmesi söz konusudur[160]. Bu yönüyle edim, failin eylemi ile sebebiyet verdiği maddi veya manevi zararı giderme olarak tanımlanabilir[161].

Kanun ve yönetmelikte aslında mağdurun hangi zararının karşılanması gerektiği doğrudan belirtilmemiştir. Ancak genel düzenleme içerisinden mağdurun maddi veya manevi zararının uzlaştırmanın konusunu oluşturabileceği çıkarılabilir. Bu durumda uzlaştırmadaki edim, maddi veya manevi edim olabilir. Mağdurun mağduriyetinin giderilmesi, maddi bir zarar halinde manevi edim ya da manevi bir zarar durumunda maddi bir edim olması şeklinde kararlaştırılabilir[162].

Uzlaştırma uygulamalarının mağdur memnuniyetini sağlama derecesinin, mağdurun kişisel ihtiyaçlarının ele alınmasıyla doğru orantılı olduğu belirtilmektedir[163]. Mağdurun zararının telafi edilmesi[164], mağdurun kendisini güvende hissetmesi için bilgilendirilmesi, mağdurun yaşadıklarını ve duygularını açıklaması, çözüm ve çözümün bulunacağı ortam konusunda mağdurun kendisini yetkili hissetmesi olarak ifade edilebilir[165]. Ceza adaleti sistemi içerisinde mağdurun ihtiyaçlarının karşılanması ve mağdurun memnuniyetinin arttırılması açısından uzlaştırma kurumunun çok büyük potansiyeli bulunmaktadır[166].

---

157 **Kaymaz / Gökcan,** s.137.

158 Eski yönetmelik olan Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına Yönelik Yönetmeliğin "Edimin Konusu" başlıklı 20.maddesi.

159 **Özbek, Mustafa Serdar / Yerdelen, Erdal / Altuntaş, Şeyma / Erdem, Dilek Özge / Boz, Burak / Yılmaz, Berna Ayşen** (2018) Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, 1.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s.117.

160 **Özbek / Yerdelen / Altuntaş ve diğerleri,** s.117**.**

161 **Özbek / Yerdelen / Altuntaş ve diğerleri,** s.117**.**

162 **Kaymaz / Gökcan,** s.138.

163 **Çetintürk**, s.178.

164 Mağdurun maddi ve manevi kayıplarının telafi edilmesi, mağdurun intikam duygularının azalmasına failin cezalandırılmasından çok daha fazla katkı sağlayabilmektedir (**Çetintürk**, s.176.).

165 **Çetintürk**, s.178.

166 **Çetintürk**, s.178.

Ayrıca uzlaştırma kurumunun temelinin mağdurun tatmin edilmesi olduğu belirtilerek manevi tatmin ile mağduriyetin giderilmesinin sağlanabileceği savunulmaktadır[167]. Mağdurun maddi zararının, maddi *tazminat ödenerek*, suç sırasında veya suç sebebiyle elde edilen *malın iade edilmesi*, suçun işlenmesiyle kazanılan değerlerin *geri verilmesi* ya da suçla bozulan bir şeyin *tamiri ile eski haline iadesi yoluyla* tazmin edilmesi mümkün olabilir[168]. Bunlarla mağdurun mağduriyeti fail tarafından kaldırılabilir. Bunların yanında edim, mağdurun veya zarar görenin manevi açıdan da tatmin edilmesi şeklinde olabilir[169]. Ayrıca, edimsiz uzlaşma durumlarında da mağdurun tatmin edilmesi olanağı vardır. Örneğin, şüpheli ile mağdurun bir araya gelip şüphelinin suçtan dolayı pişman olduğunu beyan ettiği bir durumda mağdurun şüpheliden herhangi bir edim talep etmemesi ve uzlaşması mümkündür. Bu durumda mağdurun mağduriyeti telafi edilmiş, failin de sorumluluğunu hissetmesi sağlanmış olacaktır[170].

CMK.m.253/19 madde hükmüyle mağduriyetin giderilmesi açısından uzlaştırma kurumu ile mağdurun ortaya çıkan mağduriyetinin fail tarafından giderilmesi hedeflenmektedir. CMK.m.253 ve 254'te ele alınan uzlaştırma kurumu ile fail tarafından mağdurun mağduriyetinin giderilmesi, kurumun unutulmaması gereken önemli bir noktasıdır[171]. Başka bir ifadeyle uzlaştırmanın en önemli koşullarından birisi de mağduriyetin giderilmesi noktasında uzlaşmaya varılmasıdır[172].

Tüm anlatılanlara rağmen uzlaştırma kurumunun uygulanması failin özgür iradesine, tercihine bırakılmıştır. Zira uzlaştırmanın şartları yani uzlaştırma yapılması için gereken koşullar arasında ilk olarak tarafların kendilerine yapılan uzlaştırma teklifini özgür iradeleri ile kabul etmesi ve mağdurun oluşan zararının veya mağduriyetinin giderilmesi bulunmaktadır. Yani taraflardan biri olarak fail, özgür iradesi ile uzlaştırma teklifini kabul etmediği takdirde, en baştan mağdurun mağduriyetinin giderilmesinin yolu kapatılmış olacaktır. Hakeza fail uzlaştırma teklifini kabul etmekle birlikte mağdurun zararının veya mağduri-

167 **Kaymaz / Gökcan,** s.140.
168 **Kaymaz / Gökcan,** s.140.
169 **Özbek / Yerdelen / Altuntaş ve diğerleri,** s.234.
170 **Özbek / Yerdelen / Altuntaş ve diğerleri,** s.234.
171 **Arslan**, s.128.
172 **Kaymaz / Gökcan,** s.137.

yetinin giderilmesini kabul etmez ise mağdur için oluşturulmuş olan ceza sisteminin faydaları kendisini gösteremeyecektir[173]. Kurumun mağduriyetin giderilmesi açısından en büyük eksikliklerinden birisi de failin isteğine terk edilmiş olmasıdır. Ancak failin zorlanması ile de mağduriyetin giderilmesinin sisteme ve onarıcı adalet anlayışına pek de faydası olmayacaktır. Sonuç itibariyle uzlaştırma kurumu mağduru doğrudan korumamakta ve mağdurun zararının doğrudan giderilmesini sağlamamaktadır. Uzlaştırma kurumu da suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi noktasında tüm suçlarda uygulanmadığı ve de doğrudan bir düzenleme olmadığı için eksik kalmaktadır.

İşte bu noktada kurumun eksikliğinin devlet tarafından mağduriyetin giderebileceği olanaklar için çalışmalar yapılmasının gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Aşağıdaki başlıkta bu yönde yapılanlar anlatılmaya ve mağdur hakları kanun tasarısı mağduriyetin giderilmesi açısından incelenmeye çalışılacaktır.

C. SUÇTAN DOĞAN MAĞDURİYETİN GİDERİLMESİ AÇISINDAN MAĞDUR HAKLARI KANUN TASARISININ İNCELENMESİ

Suça maruz kalması sebebiyle mağduriyeti ortaya çıkan kişinin bu mağduriyetinin giderilmesi, yani zararın meydana gelmesinde sorumluluğu bulunanların tespit edilerek zararı gidermelerinin sağlanması; herhangi bir şahsın da sorumlu tutulamaması halinde ise yardımlaşma ve dayanışma ilkesi gereğince zarar görenin mağduriyetinin devlet tarafından giderilmesi[174] devletin önemli bir görevidir[175].

Devlet tarafından, suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi sosyal devlet ilkesinin bir gereğidir[176]. Devletin suçtan doğan mağduriyetin giderilmesinde yer alması, devletin vatandaşını suçtan koruma görevinden kaynaklandığı belirtilmiştir[177]. Devletin bu ödev ve görevinden[178] hareketle vatandaşını suçtan

---

173 **Arslan**, s.128.

174 Mağdurun Mağduriyetinin Devlet Tarafından Giderilmesi = Türk Ceza Sisteminde Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesinde Devletin Yükümlülüğü.

175 Bkz. http://www.magdur.adalet.gov.tr/gorevlerimiz-0174 s.e.t. 19.03.2019.

176 **İnceoğlu**, s.37-38.

177 **Özbek**, s.165.

178 Devletin bu görevi, yükümlülüğü, kişilerin sosyal ve kişisel güvenliğini sağlamaya yönelik anayasal fonksiyonun bir gereğidir. Devlet, suçu önleyememesinden kaynaklı olarak mağdurun zararının giderilmesi yükümlülüğü üstlenirken özellikle eşitlik ve toplumsal dayanışma ilkesi bu sistemin geçerli mantığını oluşturmaktadır(**Özek**, s.40-41.).

koruması gerektiği savunulmaktadır[179]. Devletin görev sahibi olmasından kastedilen, ortaya çıkan mağduriyetin fail tarafından giderilmesinde devletin bir fonksiyon yerine getirmesi değil, doğrudan doğruya mağduriyetin giderilmesinin devletin ödevi olması demektir[180]. Türkiye devleti, ceza sisteminde bu görevlerini yapabilmek için mağduriyeti giderici yeni yöntemler bulmaya çalışmakta ve yeni yöntemler getirmektedir[181].

Hangi suçlardan doğan zararlar sebebiyle mağdurların zararının tazmin edileceği, bu konuda kimlerin, hangi süre zarfında talepte bulunabileceği, zararın devlet tarafından tazmin edilmesinin şartları, kapsamı ve sınırları, tazminat miktarının ne şekilde hesaplanacağı, devletin mağdurun zararını karşılayabilmek için nasıl bir sistem kurması gerektiği gibi hususlar her ülkenin kendi koşulları çerçevesinde belirlenir. Bu yönde Türk Ceza Sistemi içerisinde mağdurun korunmasına yönelik olarak 2017 tarihli mağdur hakları tasarısı[182] ile yukarıda belirtmiş olduğumuz bir çok husus açıklığa kavuşturulmuş olmaktadır. Devletin suçluyu topluma kazandırma görevi ve gayesiyle, mağdurun mağduriyetini kaldırma sorumluluğu arasında hakikatli bir denge oluşturulmalıdır[183].

Cezalandırıcı adalet anlayışından onarıcı adalet anlayışına dönüşen Türk Ceza Sisteminde de suç sebebiyle meydana gelen mağduriyetin giderilmesi için mağdura her türlü destek ve hizmetin sunulması, mağduriyetinin olabildiğince giderilmesi artık bir zorunluluktur[184]. Bu zorunluluğun bir neticesi olarak, suç sonrası fiziksel ve ruhsal açıdan en zayıf dönemini geçiren, çevresinden, toplumdan ve devletten destek bekleyen mağdurlara rehberlik ve destek verecek bir teşkilatın ve hizmetin bulunması şarttır[185].

Türkiye suç mağdurlarının mağduriyetlerinin giderilmesi ve mağdurların mağduriyetlerinin arttırılmaması için "Birleşmiş Milletlerin Suçtan ve Yetki İstismarından Mağdur Olanlara Adalet Sağlanmasına Dair Temel İlkeler Bildirisi" ile "Şiddet Suçu Mağdurlarının Zararlarının Tazmin Edilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi" çerçevesinde bir çok defa kanun tasarısı hazırlamış, fakat

179 **Özbek**, s.23.
180 **Dönmezer**, s.185.
181 **Özek**, s.37.
182 Bkz. http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/1magdurhaklarikanuntasarisi.pdf s.e.t. 14.03.2019.
183 **Özek**, s.65.
184 Bkz. http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/1magdurhaklarikanuntasarisi.pdf s.19, s.e.t. 19.03.2019.
185 Bkz. http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/1magdurhaklarikanuntasarisi.pdf s.19, s.e.t. 19.03.2019.

bu kanun tasarıları bir türlü kanunlaşamamıştır[186]. Ancak TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonunun 24. dönem 4. yasama yılı ve 12.06.2014 tarihli "Mağdur Hakları İnceleme Raporu" dikkate alınarak[187] en son yapılmış 2017 Tarihli Mağdur Hakları Tasarısı öncesinde gerekli alt yapı ve kurumsallaşmalar ile yönetmelik hazırlıklarına girilmesi söz konusu tasarının kanunlaşacağı üzerinde çok büyük emareler oluşturmaktadır. Zaten Türkiye'nin de imzalayarak yükümlülük altına girdiği uluslararası belgelerin mağdurlara ilişkin tavsiyelerin uygulanması ve uygulamaya aktarılmasında çok geç bile kalınmıştır.

Bu noktada yukarıda verilenler ışığında ülkemizde halihazırda Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'ne bağlı ve 18 Kasım 2013 tarihinde kurulmuş olan Mağdur Hakları Daire Başkanlığı bulunmaktadır[188]. Başkanlık ve Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü mağdurlara yönelik olarak Mağdur Hakları Kanun Tasarısı oluşturdu. Bu tasarı son olarak görüş alınmak üzere 11 Temmuz 2017 tarihinde değişik kamu ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına gönderildi[189]. Bu önemli kurumlardan biriside BM Türkiye Ülke Ekibi olup bu kurumun mağdur hakları yasa tasarısı hakkındaki birkaç görüşüne değinmekte fayda bulunmaktadır. Buna göre,

Söz konusu mağdur hakları kanunu tasarısı toplamda 35 madde (1 adet geçici madde) ve 6 bölümden oluşmaktadır. Sırasıyla bunlar, 1 ile 3 maddeleri arasında düzenlenen birinci bölümde "*amaç, kapsam, tanımlar ve temel ilkeler*" yer almaktadır. 4 ile 9 maddeleri arasında düzenlenen ikinci bölümde "*temel hak ve hizmetler*" 'e ilişkin hükümler bulunmaktadır. 10 ile 14 maddeleri arasında düzenlenen üçüncü bölümde "*Mağdur Hakları Daire Başkanlığının Kuruluş ve Teşkilatlanması*" bulunmaktadır. 15 ile 18 maddeleri arasında düzenlenen dördüncü bölümde "*Kırılgan Gruplara Yönelik Hizmetler*" 'e ilişkin hükümler yer alır. 19 ile 25 maddeleri arasında düzenlenen beşinci bölümde "*Maddi Yardımlar*" 'a ilişkin hükümler bulunmaktadır. Son olarak 26 ile 35 maddeleri arasındaki altıncı bölümde ise "*temel mali ve son hükümler*" yer almaktadır.

---

186 **Kuru**, s.85.

187 https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2014/magdur_haklari_incelemeraporu.pdf s.e.t. 20.03.2019.

188 Bkz. http://www.magdur.adalet.gov.tr/ s.e.t. 14.03.2019.

189 Birçok kuruma gönderildi. Bu önemli kurumlardan biriside BM Türkiye Ülke Ekibi olup bu kurumun mağdur hakları yasa tasarısı hakkındaki bir görüşü de şu şeklindedir: "Tasarı'nın mağdur haklarının geliştirilmesi için Türk Hükümeti tarafından atılmış önemli bir adım olduğunu kabul etmektedir. Her şeyden önce, Tasarı'nın yargı sistemi içerisinde destekleyici hizmetlerin yönetimini geliştirmek ve suça maruz kalan kişilerin güçlendirilmesi sağlamak açısından çok önemli bir belge olduğu kaydedilmelidir" http://www.un.org.tr/humanrights/images/pdf/Victims-Rights-Law-TR.pdf s.2, s.e.t. 19.03.2019.

Söz konusu kanun tasarısının genel gerekçesinde ceza uygulamasında esas gayenin mağdurun tatmini ve mağdurun uğradığı zararın giderilmesi olduğu ifade edilmiştir[190]. Ayrıca tasarının gerekçesinde "sosyal devlet ilkesi"' ne uygun olarak suç mağdurlarının daha etkin, kapsamlı, hızlı, güvenli ve az masraflı bir şekilde ek korumaya kavuşturulması gayesiyle yeni sistem olarak karşımıza çıkarılacağı belirtilmiştir[191].

Tasarının gayesinin, soruşturma ve kovuşturma evresinde suç mağdurlarına tanınan haklar ile sağlanan hizmet ve yardımlara ilişkin esasları ve bu hizmetlerin yerine getirilmesine dair görev, yetki ve sorumlulukları düzenlemek olduğu belirtilmektedir[192].

Tasarıda bulunan sistem, bireylerin mağdur olması durumunda uygulamaya geçmektedir. Her ne kadar bu durum yargılama sürecine odaklandığı için doğal görülebilirse de, önleyici ve koruyucu idari ve hukuki tedbirler ile kırılgan grupları hedefleyen ağır suçların işlenmesinin önüne geçebilecek mekanizmaların da Tasarıya eklenmesinde fayda olacağı belirtilmektedir[193].

Tasarının 19-25. maddelerinde düzenlenen maddi yardıma ilişkin hükümlerinde, suç sebebiyle, yaralanan, sakatlanan veya hayatını başkasının yardım ve desteği ile sürdürebilecek derecede malûl olanlara; mağdurun ölümü durumunda bakmakla yükümlü olduğu kişilere; nitelikli veya psikolojik tedavi gerektiren cinsel saldırı veya cinsel istismar suçlarının mağdurlarına yapılacak yardımın, devlet tarafından karşılanması öngörülmektedir[194]. Bu noktada, sistematik veri toplanmasına, suçların tekrarlanmasının ve suç eğilimlerinin gözlemlenmesi ve analiz edilmesine dair hükümlerin kanuna alınması iyi olacaktır.

Tasarıda problem oluşturabilecek bir diğer husus da "mağdur" kavramı olup tasarı bu kavrama yoğun vurgu ve gönderme yaptığı için hizmetlerden potansiyel olarak yararlanabilecek olan "diğer kişileri" örneğin özellikle "suçtan zarar göreni" ile "kırılgan grupta yer alan kişileri" dışarıda bırakmaktadır. Bu

190 Bkz. http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/1magdurhaklarikanuntasarisi.pdf s.17, s.e.t. 19.03.2019.

191 Bkz. http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/1magdurhaklarikanuntasarisi.pdf s.17, s.e.t. 19.03.2019.

192 Bkz. http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/1magdurhaklarikanuntasarisi.pdf s.19, s.e.t. 19.03.2019.

193 http://www.un.org.tr/humanrights/images/pdf/Victims-Rights-Law-TR.pdf s.7, s.e.t. 19.03.2019; https://tihv.org.tr/magdur-haklari-kanun-tasarisi-taslagi-hakkinda-tihv-degerlendirme-notu/ s.5, s.e.t. 19.03.2019.

194 Bkz. http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/1magdurhaklarikanuntasarisi.pdf s.20, s.e.t. 19.03.2019.

sebeple kullanılan "mağdur" kavramı yeniden gözden geçirilerek revize edilmelidir[195].

Manevî zararlar ise yardım kapsamına alınmamıştır. Yapılacak maddi yardımlar mevzuunda üst hadler tespit edilerek, suç sebebiyle ortaya çıkan mağduriyete göre ödeme yapılması sağlanmaktadır. Devlet, ödenmiş olan yardım miktarı kadar suç faillerine rücu edebilecektir. Sosyal güvenlik kuruluşları, sosyal yardımda bulunan sandıklar veya sigorta şirketleri ile başkaca bir kaynaktan mağdura ödeme veya yardım yapılması durumunda, yardım istemleri kabul edilmeyecek veya ödenecek miktar buna göre tespit edilecektir[196].

Bu çalışmanın yanında kanundan hemen sonra kanuna ilişkin yine Mağdur Hakları Daire Başkanlığı tarafından hazırlanmış olacak olan " Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Yönetmeliği" çıkarılacaktır. Yukarıda bahsettiğimiz üzere Adalet Bakanı' nın 15 Aralık 2018 tarihinde vermiş olduğu oluru ile birlikte 1 Ocak 2019 Tarihinden itibaren Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüğü (ADEM), suç mağdurlarına yönelik yardım ve destek çalışmalarına başlamıştır[197]. Bu müdürlükler ile başta çocuklar, kadınlar, engelliler ve yaşlılar gibi kırılgan gruba dahil mağdurlar olmak üzere tüm suç mağdurlarının adli süreçte etkin şekilde desteklenmesi görevini yerine getirmesi amaçlanmaktadır. Hizmet sunumuna ilişkin standartların daha da geliştirilerek vaka yönetiminin uygulandığı, adli görüşme odalarının etkin olarak kullanıldığı bir sistem olarak tasarlanmıştır. Bununla birlikte müdürlük aracılığıyla suç mağdurlarına yönelik etkin bilgilendirme ve yönlendirme hizmeti de sunulması hedeflenmektedir. Müdürlükler, aynı zamanda ilgili kurumlar ve barolar ile birlikte, sivil toplum kuruluşları ile işbirliği ve eşgüdüm içerisinde çalışacak, koruma zincirinin adli süreçteki halkası güçlendirilecektir.

ADEM' ler şuan itibariyle İstanbul (Anadolu), İzmir, Adana, Rize, Eskişehir, Malatya, Samsun olmak üzere 7 pilot ilde hayata geçirilmiştir. ADEM' in bünyesinde bilgilendirme ve yönlendirme bürosu, kırılgan grup destek bürosu, ceza yargılaması destek bürosu, hukuk yargılaması destek bürosu olmak üzere 4 adet büro bulunmaktadır.

---

[195] https://tihv.org.tr/magdur-haklari-kanun-tasarisi-taslagi-hakkinda-tihv-degerlendirme-notu/ s.5, s.e.t. 19.03.

[196] Bkz. http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/1magdurhaklarikanuntasarisi.pdf s.20, s.e.t. 19.03.2019.

[197] Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüklerinde, *suç mağdurlarına adli sürece ilişkin bilgilendirme* yapılacaktır Bkz. http://www.magdur.adalet.gov.tr/ s.e.t. 21.02.2019.

Bu tasarı ve ADEM' ler ile birlikte hayata geçirilen ceza adaleti sisteminde mağdur haklarının güçlendirilmesi(CEMRE) projesi ile adli süreçte mağdurlara ve özellikle kırılgan gruplara yönelik onarıcı adalet ve sosyal hukuk devleti ilkeleri çerçevesinde etkin, sürdürülebilir ve ulaşılabilir mağdur destek sistemi kurulmasına katkı sağlamaktadır. Bütün bunların yanında Adli Görüşme Odaları, Çocuk İzleme Merkezleri de faaliyete geçirilmiştir.

Ancak tasarı ile ilgili çıkarılması planlanan yönetmeliğin tasarısının daha hazırlanmamış ve bu nedenle henüz kamuoyu ile paylaşılmamış olması büyük bir eksikliktir[198].

Karşılaştırılmalı hukuk açısından mukayese edildiği takdirde, Türk ceza sistemine mağdur haklarına ilişkin kanunun getirilmesinin çok geciktiği görülecektir. Bununla birlikte mağdurların korunması için kurumsal alt yapının tam olarak kurulamadığı da gözlenmektedir. Kanada da Mağdur Hakları Kanunu 1996 yılında yürürlüğe girmiştir[199]. Kanada da ilk derece ve istinaf mahkemeleri bünyesinde 200'ün üzerinde mağdur/tanık destek bürosu bulunmaktadır. Bu bürolarda 1996 yılından itibaren aile içi şiddet, cinsel saldırı ve nefret suçu gibi suçların mağdurları ile çocuklara yönelik hizmetler sunulmaktadır. İspanya ve Portekiz ülkelerinde mağdur koruma sistemleri ve mevzuatları oturmuş durumdadır[200]. Portekiz de uygulama açısından 1990 yılında Mağdur Destek Birliği(APAV) kurulmuştur. Bu kurum, Suç mağdurlarının profesyonellerce desteklendiği, gönüllülerin de içinde bulunduğu kar amacı gütmeyen ve hizmetlerini ücretsiz olarak sunan bir kuruluştur. APAV sosyal destek kapsamında suç mağdurlarının sosyal ihtiyaçlarını (mağdurun ve ailesinin konut, eğitim, istihdam vb.) tespit ederek mağdurun ihtiyacına uygun kaynakları belirler. Mağdura, destek süreçleri için en uygun kaynakları verimli bir şekilde kullanabilmeleri için diğer kurumlarla (yerel, bölgesel veya ulusal) temasa geçerek (yüz yüze veya başka bir formda) yardımcı olmaktadır. Son olarak bu kurum, kuruluşundan bu yana 297.000 mağdura destek sağlamıştır. 2016 yılında 9.347 mağdura destek sağlanmış ve 35.411 görüşme gerçekleştirilmiştir[201].

---

198 http://www.un.org.tr/humanrights/images/pdf/Victims-Rights-Law-TR.pdf s.7, s.e.t. 19.03.2019.

199 **Binici, Murat** (2017) Kanada Yargı, Mağdur Destek ve Adli Yardım Sistemi Raporu, Mağdur Hakları Daire Başkanlığı, Ankara, s.22.

200 **Mağdur Hakları Daire Başkanlığı** (2017) Portekiz ve İspanya' da Mağdur Hakları ve Mağdur Destek Hizmetleri, Ankara, s.20

201 **Mağdur Hakları Daire Başkanlığı** (2017) Portekiz ve İspanya' da Mağdur Hakları ve Mağdur Destek Hizmetleri, Ankara, s.21-22.

İspanya' da Çocuk Koruma Kanunu, Aile İçi Şiddet Kanunu, Terör Mağdurlarına Yardım Kanunu gibi değişik kanunlarda, mağdurların sahip oldukları haklar ile mağdurlara verilecek hizmetleri düzenleyen hükümler bulunmakla birlikte mağdur haklarını ve bu alanda verilebilecek destek hizmetlerini düzenleyen temel bir mağdur hakları kanunu mevcut değildir. Bu eksikliği gidermek ve çeşitli kanunlarda yer alan mağdurlara yönelik hükümleri tek bir temel kanunda toplamak için "Bir Suç Nedeniyle Mağdur Olmuş Kişinin Statüsü ile ilgili Kanun" adında yeni bir kanun taslağı hazırlanmıştır. Bu kanun taslağı 25 Ekim 2013 tarihinde İspanya Hükümeti tarafından kabul edilerek danışma kuruluna gönderilmiştir. Danışma kurulunda Bakanlar Kurulu' nun taslak yasası olarak kabul edilmesi halinde parlamentoya gönderilecek ve yasa olarak kabul edilecektir[202].

Bu yönde İtalya' da da 2011 yılında mağdurlarla ilgili yönetmelikten sonra 2015 yılında kanun çıkarılmıştır. Bu yasa kapsamında özellikle yabancı vatandaşlara herhangi bir suçtan mağdur olmaları halinde de birtakım hizmetler öngörülmektedir. Aynı zamanda yasayla birlikte 'mağdur tazmin sistemi' kurulmuştur. Mağdurlar için suçun tipolojisine bakılmaksızın mağdura para ödeme sistemi öngörülmüştür. Örneğin terör ve örgütlü suçların mağdurlarının haklarının tazmini için daha etkin hizmetler öngörülmüştür, ayrıca şantaj suçunun mağdurlarına ve mağdurun çocuk olması halinde de süreçte daha hassas olunmakta ve tazmin sistemi daha hızlı işletilmektedir[203].

Hırvatistan açısından ise 2008 yılından beridir Mağdur Destek Sistemi bulunmaktadır. Bu sistem içerisinde yer alan mahkemelerdeki Mağdur ve Tanık Destek Ofisleri aracılığıyla mağdurlara bilgi ve destek sunulması, mağdurlara tazminat sağlanması gibi imkanlar oluşturulmuştur[204].

---

[202] **Mağdur Hakları Daire Başkanlığı** (2017) Portekiz ve İspanya' da Mağdur Hakları ve Mağdur Destek Hizmetleri, Ankara, s.31-32

[203] **Mağdur Hakları Daire Başkanlığı** (2017) İtalya ve Hırvatistan'da Mağdur Hakları ve Mağdur Destek Hizmetleri, Ankara, s.14.

[204] **Mağdur Hakları Daire Başkanlığı** (2017) İtalya ve Hırvatistan'da Mağdur Hakları ve Mağdur Destek Hizmetleri, Ankara, s.30-31.

SONUÇ

21.yüzyılda ceza alanında, adaletin sağlanması noktasında ortaya çıkan gelişmeler, var olan uygulama ve düzendeki fail-devlet-mağdur ilişkisini ve ceza sistemlerini baştan aşağıya değiştirmiştir. Bu noktada ceza adalet anlayışındaki eleştirilen vücut verdiği yeni ceza adalet anlayışının(Onarıcı Adalet Anlayış) oluşması, oluşan onarıcı adalet anlayışının mağdurun korunması ve mağduriyetin giderilmesine yönelik fikirlerin önünü açması, silsile ile gelişen bu durumların viktimoloji ve benzeri bilim dallarının ortaya çıkmasını sağlaması ve son olarak mağdurun korunması ve mağduriyetin giderilmesi mevzuunda sırayla belirtiğimiz hususların garameten ortaya koydukları uluslararası çalışmalar, belgeler ve düzenlemeler, bütün bunların hepsi, bu *değişime etkili olan gelişmelerdir*.

Bu mülahazalarla klasik ceza adaleti anlayışına alternatif olarak ortaya çıkan onarıcı adalet anlayışı gün geçtikçe daha çok uygulanmaktadır. Zira onarıcı adalet anlayışı, temeline, kamu düzeninin yeniden tesis edilmesinden önce mağdurun zararının giderilmesini ve tarafların birlikte aynı toplum içinde yaşayabilmelerini yerleştirmiştir. Onarıcı adalet yaklaşımında bulunan bu amaç birçok uygulama modellerinin ortaya çıkmasını sağlamıştır. Aile/toplum grup konferansı, cezalandırıcı halka, toplum ıslah kurulları, uzlaştırma bu modellere örnek olarak verilebilir. Bu yaklaşımın en önemli uygulama modeli olarak görülebilecek bir kurum olan uzlaştırma kurumu ilk olarak Anglo-Sakson hukukunda görülmekle beraber zamanla Kıta Avrupası hukukunda yer edinmiştir.

Mağduriyetin giderilmesi açısından uzlaştırma, mağdurun tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişi olan uzlaştırmacı önünde fail ile bir araya getirilerek taraflar arasında müzakere olanağı vermek ve failin verdiği zararın giderilmesi için bir uzlaşma fırsatı oluşturmaktır. Zararın tazmin ve telafisi mali bakımdan olabileceği gibi, mağdur veya toplum için bir hizmette bulunmak vasıtasıyla da olabilir[205]. Başka bir anlatımla mağduriyetin giderilmesi açısından uzlaştırma kurumu, failin mağdurun mağduriyetini giderilmesi odaklı iken mağduriyetin giderilmesi açısından başta mağdur hakları tasarısı[206] olmak üzere diğer düzenlemeler mağdurun devlet tarafından mağduriyetinin giderilmesi odaklıdır. Bu

[205] **Özbek, M**., 2005, S.96.

[206] Bkz. http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/1magdurhaklarikanuntasarisi.pdf s.e.t. 18.03.2019.

sayede hem fail hem de devlet tarafından mağdurun oluşan mağduriyetinin giderilmesi sağlanmaktadır yani ceza sistemi tarafından mağdur korunmaya çalışılmaktadır.

Netice itibariyle yukarıda belirtilen kurumlar, Türk Ceza Sisteminde düzenlense bile mağdurun zararın giderilmesini doğrudan sağlayan kurumlar değildir. Hakimin veya failin tercihine bırakılan kurumlardır. Bu yönde Türk Ceza Sisteminde doğrudan mağdur odaklı düzenleme bulunmamaktadır. Ancak son zamanlarda mağdurlara yönelik Mağdur Hakları Kanunu gibi mevzuat çalışmaları yürütülmektedir. Bizce doğrudan mağdur odaklı yöntemler Türk Ceza Sistemi alınmalı ve uygulanmalıdır.

Bu yönde Türk Ceza Sistemi içerinde bulunan, ceza muhakemesi kurumu olan uzlaştırma kurumu ile mağdurun mağduriyetinin fail tarafından giderilmesi; mağdur hakları kanun tasarısı ile de mağdurun mağduriyetinin devlet tarafından giderilmesi sağlanmaya çalışılmaktadır. Başka bir anlatımla Türk Ceza Sisteminde suçtan doğan mağduriyetin giderilmesinde ayrı ayrı hem devletin hem de failin tam anlamıyla yükümlülüğünün oluşturulması amaçlanmaktadır.

Fakat tüm bu anlattıklarımız karşısında şuan için ne fail ne de devlet tarafından mağdurun mağduriyetinin giderilmesi tam anlamıyla sağlanmamaktadır. Bu noktada mağduriyetin tam anlamıyla giderilebilmesi için mağdur hakları kanun tasarısının eksikliklerinin giderilerek devletin yapması gerekenlerin arttırılması ile uzlaştırma kurumunun noksanlıkları düzeltilerek failin, mağdurun mağduriyetinin giderilmesindeki etkinliğinin arttırılması sağlanmalıdır. Yani hem fail hem devlet mağduriyetin giderilmesi mevzuunda etkin rol üstlenmesi sağlanmalıdır.

KAYNAKÇA

Akıncı, Füsun Sokullu (2008) Viktimoloji, 2.Bası, İstanbul, Beta Yayınevi.

Arıcan, Mehmet (2009) Ceza Adaleti, 1.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.

Arslan, Mualla Buket (2006) Türk Ceza ve Ceza Usul Hukukunda Uzlaşma Kurumu, 1.Baskı, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları.

Artuk, Mehmet Emin / Ahmet, Gökcen / Yenidünya, Caner (2013) Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 7.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

Bekri, Nedim (2016) "Ceza Muhakemesi Uygulamasında Uzlaşma" Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:6, S:1.

Beşe, Ertan "Suç İstatistiklerinde Karanlık Sayı ve Mağdurun Rolü": Bahar, Halil İbrahim (Ed.) (2006) Suç Mağdurları, 1.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

Bıçak, Vahit (1999) "Ceza Adaletinde Kalite ve Etkinlik" Kamu Yönetiminde Kalite Sempozyum Bildirim Kitabı, 1.Baskı, Ankara, TODAİ.

Bıçak, Vahit (2011) Suç Muhakemesi Hukuku, 2.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Binici, Murat (2017) Kanada Yargı, Mağdur Destek ve Adli Yardım Sistemi Raporu, Mağdur Hakları Daire Başkanlığı, Ankara.

Cartwright, Heather L. (2000) "Including Victims in the American Criminal Justice Process", UNAFEI.

Centel, Nur (2005) "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri Sistemi" Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:2, S:5.

Centel, Nur / Zafer, Hamide (2015) Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi.

Çetintürk, Ekrem (2017) Onarıcı Adalet ve Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma, 1.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

Değirmenci, Olgun (2008) "Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları" Türkiye Barolar Birliği, S:77.

Demirbaş, Timur (2014) Kriminoloji, Gözden Geçirilmiş 5.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Dinler, Veysel, "Mağdur Kavramına Çok Yönlü Yaklaşım": Bahar, Halil İbrahim(Ed.) (2006) Suç Mağdurları, 1.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

Dönmezer, Sulhi (1977) "Devlet ve Suç Mağduru İlişkisi", Onar Armağanı, 1.Baskı, İstanbul, Fakülteler Matbaası.

Eryılmaz, Mesut Bedri (2012) Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 1.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Güney, Niyazi / Yılmaz, Zekeriya (2008) Dava ve Cezanın Düşürülmesi, 1.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

Hakeri, Hakan (2008) "Amerikan Ceza Hukukuna Genel Bir Bakış" Ceza Hukuku Dergisi, C:3, S:8.

Harry, Mika / Zehr, Howard (2001) "Restorative Justice Sign Posts.Concilitian Quartely"

http://restorativejustice.org/resources/docs/signposts/#sthash.6a8ddg0V.dpbs.

İnceoğlu, Asuman Aytekin (2016) "Ceza Hukukunda Mağdur Hakları Çerçevesinde Mağdurun Zararının Devlet Tarafından Giderilmesi ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkındaki Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi" Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:11, S:141-142.

Kafes, Veli (2011) "Ceza Hukukunda Mağdurun Zararının Giderilmesi" Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:60, S:1.

Kaplan, Mahmut (2015) "Onarıcı Adalet ve Türk Ceza Hukukuna Yansımaları" Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C:5, S:1.

Karakaş, Fatma Doğan (2013) "Uluslararası Düzenlemeler Işığında Mağdur Haklarının ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi" Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:19, S:2.

Katoğlu, Tuğrul (2012) "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları" Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:61, S:2.

Kaymaz, Seydi / Gökcan, Hasan Tahsin (2007) Uzlaşma ve Önödeme, 2.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

Kuru, Gonca (2015) "Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesinde Devletin Rolü" Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:5, S:2.

Mağdur Hakları Daire Başkanlığı (2017) Portekiz ve İspanya' da Mağdur Hakları ve Mağdur Destek Hizmetleri, Ankara.

Marshall, Tony (1999) "Restoratıve Justıce: An Overvıew", 1.Baskı, London, Research Development and Statistics Directorate, Home Office.

McCold, Paul "The Recent History of Restorative Justice: Mediation, Circles and Conferencing": Sullivan, Dennis / Tifft, Larry(Ed.) (2006) "Handbook of Restorative Justice: A Global Perspective", New York, Routledge.

Morris, Ruth (2000) Stories of Transformative Justice, 1.Baskı, Toronto, Canadian Scholars' Press.

Orth, Ulrich (2004) "Does Perpetrator Punishment Satisfy Victims' Feelings of Revenge?" Aggressive Behavior, Volume 30.

Özbek, Veli Özer (1999) Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi, 1.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Özbek, Mustafa Serdar / Yerdelen, Erdal / Altuntaş, Şeyma / Erdem, Dilek Özge/ Boz, Burak / Yılmaz, Berna Ayşen (2018) Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, 1.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

Özbek, Mustafa (2005) "Çağdaş Ceza Adaleti Sistemlerinde Alternatif Çözüm Arayışları ve Arabuluculuk Uygulaması": Yenisey, Feridun(Ed.), Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma, 1.Baskı, İstanbul, Arıkan Yayınevi.

Özek, Çetin (1984) "Suç Mağdurunun Korunması İle İlgili Bazı Sorunlar" İÜHFM, C:50, S:1-4.

Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan (2006) Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 9.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Öztürk, Bahri (2010) "Yeni Ceza Adaleti ile Türkiye, Dünya'nın neresinde?" Fasikül Hukuk Dergisi, C:2, S:7.

Polat, Ahmet (2014) Viktimoloji, 1.Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık.

Price, Marty (1996) Victim Offender Mediation:The State of the Art, VOMA Quarterly, Vol.:7, No:3, Fall-Winter, http://www.vorp.com/articles/justice.html.

Shapland, Joanna / Hall, Matthew (2007) "What Do We Know About The Effects Of Crıme On Vıctıms?" International Review of Victimology. Vol. 14.

Strickland, Ruth Ann (2004) "Restorative Justice" https://books.google.com.tr/books?id=h6h_dLcxilIC&printsec=frontcover&hl=tr&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false.

Tanrıvermiş, Atilla (2016) "Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları Kavramına Genel Bir Bakış" Fasikül Hukuk Dergisi, C:8, S:78.

Taşkın, Mustafa (2010) "Fransız Ceza Hukukunda Uyuşmazlıkların Muhakeme Dışı Çözüm Yolları Bağlamında Yaptırım Sözleşmesi ve Müessesenin Türk Ceza Hukukunda Uygulanabilirliği" Terazi Hukuk Dergisi C:5, S:41.

Toroslu, Nevzat / Feyzioğlu, Metin (2013) Ceza Muhakemesi Hukuku, 14.Baskı, Ankara, Savaş Yayınları.

Umbreit, Mark (1998) "Restorative Justice Through Victim-Offender Mediation: A Multi-Site Assessment" Western Criminology Review https://wcr.sonoma.edu/v1n1/umberit.html.

Umbreit, Mark / Coates, Robert (2000) Multıculturel Implation of Restorative Justice, Center for Restorative Justice & Peacemaking School of Social Work University of Minnesota, Minnesota.

United Nations Office on Drugs and Crime(**UNODC**) (2006) Handbook on Restorative Justice Programmes, 1.Baskı, New York, United Nations Publication.

Uslu, Ferhat (2013) "Çağdaş Ceza Adaleti İçinde Mağdur" Ankara Barosu Dergisi, Y:71, S:4.

Ünver, Yener / Hakeri, Hakan (2015) Ceza Muhakemesi Hukuku, 10.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

Yarsuvat, Duygun (1994) "Suç Siyaseti ve Mağdurun Korunması", İnanç Kıraç'a Armağan, 1.Baskı, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları.

Yavuz, Hakan A. (2015) "Onarıcı Adalet Ve Uzlaştırma Kurumu Bağlamında Ceza Adalet Sisteminde Mağdurun Konumu" Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y:6, S:23.

Yılmaz, Ömer "Onarıcı Adalet Sistemi: Birey-Toplum-Devlet İlişkilerinde Yeni Bir Mücadele Alanı ": Bahar, Halil İbrahim(Ed.) (2006) Suç Mağdurları, 1.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

Wemmers , Jo-Anne M. (1996) Victims In The Criminal Justice System, 1.Baskı, Amsterdam, Kugler Public.

ÖZEL HUKUK

YBHD • Yıl 4 • Sayı 2019/2, s.233–258

İPOTEK HAKKININ HACZİ İLE İLGİLİ SORUNLAR VE DEĞERLENDİRME

Av. Dr. Uğur BULUT[*]

ÖZET

Türk hukuk uygulamasında kabul gören ipotek hakkının haczi müessesesi, ipotek hakkının maddî hukukta düzenlenen nitelikleri bakımından tartışmaya açıktır. Zira, maddî hukuk kurallarına göre ipotek hakkının asıl alacak hakkından bağımsız bir niteliği ve asıl alacaktan ayrı olarak tek başına hukukî işlemlere konu edilebilmesi söz konusu değildir. Yine esasen icra hukukunda haciz müessesesi bakımından da maddî hukuk kurallarından tamamen bağımsız bir uygulama söz konusu değildir. Bu çerçevede, maddî hukuka göre tek başına başkasına devri mümkün olmayan hakların haczi kabul görmemektedir. Bu kural, İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen haczi caiz olmayan mal ve haklar haricinde, haczin amacından hareketle ortaya çıkan genel bir kural niteliğindedir. Bu nedenle, devredilebilir olma herhangi bir mal veya hakkın haczedilebilir olmasının bir ön koşuludur. O hâlde, ipotek hakkının haczi bakımından da bu hakkın maddî hukukta kabul gören özellikleri ile haczedilebilir mal ve hakların genel kuralları çerçevesinde bir değerlendirme yapılmalı ve ipotek hakkının münhasıran haczi mümkün olmamalıdır.

Anahtar Kelimeler: Haciz, İpotek, Devredilebilir, Alacak Hakkı, Fer'î Hak.

[*] İzmir Barosu, av.ugurbulut@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-4347-1799,
(Geliş Tarihi: 31.01.2019 – Kabul Tarihi: 04.03.2019)

ASSESSMENT AND PROBLEMS ABOUT THE SEZIURE OF HYPOTHEC

ABSTRACT

It is arguable to seize the right of hypothec, which is accepted widely in Turkish law practice, with regard to characteristics of hypothec that is constructed in substantive law. Then, according to substantive law regulations, the right of hypothec is not independent from the principal claim and can not be subject to legal transactions exclusively. Likewise, the rules of seizure in enforcement law are not actually independent from the fundamentals of substantive law. Therefore, it is not accepted to seize rights that cannot be transferred to others exclusively according to substantive law. This rule is a general recognition based on the aim of the seizure along with the special provisions about the non-distrainable goods and rights regulated in Turkish Code of Execution and Bankruptcy. Hence, to be transferable is a prior condition in order to be seizable for any rights and goods. Therefore, law practice about the seizure of the right of hypothec should also be reviewed under the characteristics of this right accepted in substantive law and general limitations about the non-distrainable goods and rights; and, it should not be accepted to seize a right of hypothec exclusively.

Keywords: Seizure, Hypothec, Transferrable, Right to Claim, Accessory Rights.

GİRİŞ

İcra hukukunda haciz kurumu ile alacaklının alacağına kavuşması sürecinde paraya çevrilecek borçluya ait mal ve haklara hukuken el konulmaktadır. Kural olarak, borçluya ait bütün malvarlığı değerlerine haciz konulması mümkündür. Haciz, paraya çevirme aşamasından bir önceki takip aşaması olduğundan devredilemez olması nedeniyle paraya çevrilmesi mümkün olmayan mal ve hakların haczi de caiz değildir. Bu husus haciz kurumunun niteliği gereği karşımıza çıkmaktadır.

Bu çerçevede, takip borçlusunun üçüncü bir kişiden olan alacak haklarının haczedilmesi kural olarak mümkün olmakla beraber, bu alacak hakkının teminatını oluşturan ipotek hakkının da ayrıca haczedilmesi tartışmaya açık bir uygulamadır.

Çalışmamızda öncelikle ipoteğin maddî hukuk bakımından özellikleri ve asıl alacakla bağlantısı üzerinde durulmuş ve daha sonra icra hukukunda haczedilebilirliğe ilişkin genel kurallara değinilmiştir. Son bölümde ise, ipotek hakkının haczine ilişkin uygulama üzerinde durularak ipotek hakkının maddî hukukta kabul gören niteliği ve icra hukuku sistemimizin haciz aşamasına ilişkin kuralları çerçevesinde ipotek hakkının haczine dair uygulamaya yönelik değerlendirmelerde bulunulmuştur. Bu çerçevede, ipotek hakkının tek başına haczinin mümkün olup olmadığı yanında, esasen böyle bir uygulamaya gerek olup olmadığı da tartışılmıştır.

I. İPOTEK HAKKI BAKIMINDAN GENEL BİLGİ

A. İPOTEK HAKKI

Türk Medenî Kanunu'nun 881 ilâ 897. maddeleri arasında düzenlenen ipotek, mevcut ya da ileride doğması muhtemel kişisel bir alacağı[1] güvence al-

[1] Teminat altına alınan alacak hakkının para alacağı dışında paradan başka bir şey verme, yapma veya yapmama borçları da olması mümkündür. Böyle bir durumda, borç gereği gibi yerine getirilmezse alacaklının uğrayacağı zarar için para olarak talep edilecek tazminatın teminat altına alınması söz konusudur. Bu konuda bkz. **Tekinay, Selâhattin Sulhi** (1994) Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar, İstanbul, Filiz, s. 107; **Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe** (2018) Eşya Hukuku, 21. Baskı, İstanbul, Filiz, s. 960; **Nomer, Haluk Nami/Ergüne, Mehmet Serkan** (2016) Eşya Hukuku, C: II Rehin Hukuku, İstanbul, Oniki Levha, s. 42; **Sirmen, A. Lâle** (2018) Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 631; **Ayan, Mehmet** (2017) Eşya Hukuku III Sınırlı Aynî Haklar, 8. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 218; **Esener, Turhan/Güven, Kudret** (2015) Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 498; **Ünlütepe, Mustafa** (2012) 'İpoteğin Alacak Hakkı Bakımından Kapsamı', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:102, s. 176 vd.

tına almak amacıyla, kıymetli evraka bağlanmaksızın, bir taşınmazın değerinden alacaklının alacağını elde etmesine imkân tanıyan sınırlı aynî hak olarak tanımlanabilir[2]. İpotek, alacaklıya yalnızca paraya çevirme yetkisi veren bir hak olup bu yetki sadece alacağın muaccel olmasıyla aktifleşmektedir[3].

Türk Medenî Kanunu'nun 881. maddesinde belirtildiği üzere ipoteğin borçluya ait bir taşınmaz üzerinde kurulması şart olmadığı gibi, borçluya ait bir taşınmaz üzerinde ipotek kurulmasından sonra borçlunun bu taşınmazın mülkiyetini devretmesine de engel yoktur[4]. Bu nedenle, borçtan şahsî sorumluluğu olan borçlunun mülkiyetinde olmayan bir taşınmaz üzerinde de ipotek kurulmuş olabilir.

İpoteğin tanım ve amacından anlaşılabileceği gibi, ipoteğin varlığı teminatın konusunu oluşturan başka bir alacağın varlığına bağlıdır. Bu çerçevede,

---

[2] Bkz. **Tekinay,** s. 106; **Akipek, Jale G.** (1974) Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar), Üçüncü Kitap Mahdut Aynî Haklar, Ankara, Sevinç, s. 162-164; **Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut** (2009) Eşya Hukuku, İstanbul, Beta, s. 786-787; **Gürsoy, Kemal T./Eren, Fikret/Cansel, Erol** (1984) Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s. 1032; **Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim** (1982) Sınırlı Aynî Haklar, 2. Baskı, İstanbul, Fakülteler, s. 262; **Serozan, Rona** (2006) 'Taşınmaz Rehni', İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:64, S:2, s. 301, 305; **Kuntalp, Erden** (1995) 'Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk', Reha Poroy'a Armağan, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s. 280 vd; **Aybay, Aydın/Hatemi, Hüseyin** (2012) Eşya Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 275; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir,** s. 960; **Ayan,** s. 217-218; **Altay, Sümer/Eskiocak, Ali** (2007) Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Rehni, İstanbul, Vedat, s. 211; **Şener, Yavuz Selim** (2010) Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması, 3. Baskı, Ankara, Adalet, s. 5; **Çetiner, Bilgehan** (2015) Taşınmaz Teminatı, İstanbul, Filiz, s. 99 vd; **Barlas, Nami** (2003) 'Yeni Medenî Kanunun Aynî Teminatlara İlişkin Düzenlemeleri', Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C:2, İstanbul, Beta, s. 570 vd; **Schmid, Jörg/Hürlimann-Kaup, Bettina** (2012) Sachenrecht, 4. Auflage, Zürich-Basel-Genf, Schulthess, Rdnr. 1597 vd; **Gödde, Walter** (1980) Grundpfandrechte, Wiesbaden, Springer, s. 30; **Wolf, Manfred/Wellenhofer, Marina** (2018) Sachenrecht, 33. Auflage, München, C.H.Beck, 26, Rdnr. 1; **Lüke, Wolfgang** (2018) Sachenrecht, 4. Auflage, München, C.H.Beck, § 18, Rdnr. 674.

[3] **Akipek,** s. 175; **Ayan,** s. 197; **Acar, Faruk** (2015) Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul, Vedat, s. 57.

[4] **Tekinay,** s. 110, 114; **Akipek,** s. 228-229; **Saymen, Ferit H./Elbir, Halid K.** (1954) Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar), İstanbul, Akgün, s. 616, 620; **Gürsoy/Eren/Cansel,** s. 1035; **Akipek/Akıntürk,** s. 788; **Köprülü/Kaneti,** s. 380-381, 384; **Serozan,** s. 313; **Kuntalp,** s. 292-293; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir,** s. 970; **Aybay/Hatemi,** s. 285, 287; **Nomer/Ergüne,** s. 44; **Sirmen** (2018), s. 636; **Ayan,** s. 221; **Budak, Ali Cem** (2010) İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, 3. Baskı, İstanbul, Oniki Levha, s. 99; **Schmid/Hürlimann-Kaup,** Rdnr. 1606, 1618; **Gödde,** s. 33; **Wolf/Wellenhofer,** § 27, Rdnr. 11, 59.

alacağın hukuksal varlığındaki değişiklikler alacak hakkının teminatı olan ipoteği de etkilemektedir. İpotek ile teminatını oluşturduğu alacak hakkı arasındaki bu sıkı bağlantıya bir sonraki başlık altında detaylı olarak değinilmiştir. Esasen yine bu bağlantı sebebiyle ipotek hakkı tedavül kabiliyetini haiz olmayıp bu hakkın kıymetli evraka bağlanması da mümkün değildir[5]. Türk Medeni Kanunu'nun 882. maddesinin ikinci fıkrasında da bu husus açıkça düzenlenmiş ve alacaklıya verilen ipoteği gösteren belgenin kıymetli evrak niteliğinde olmadığı belirtilmiştir.

B. İPOTEK HAKKININ BAĞIMSIZ NİTELİĞİ OLUP OLMADIĞI

İpotek hakkı, belirli bir kişisel borcun teminatı olarak alacaklıya ek imkânlar sağlamakta ve alacaklı için aynî bir güvence oluşturmaktadır. Ancak buna rağmen tek başına bir ipotek hakkının, asıl alacaktan bağımsız olarak ve gerektiğinde asıl alacağın varlığı iddia ve ispat edilmeksizin herhangi bir sonuç doğurması mümkün değildir. Doktrinde de ipotek hakkının bağımsız bir varlığının söz konusu olamayacağı[6], asıl alacaktan ayrı olarak tek başına bir ipotek hakkının olamayacağı[7], ipoteğin alacaktan hiçbir surette ayrılamayacağı[8], böyle bir ipotek hakkının faydasız olacağı dile getirilmiştir[9]. Nitekim, doğrudan konuyla ilgili olmasa dahi Yargıtay kararlarında da ipotek hakkının bağımsız bir varlığının söz konusu olamayacağı, ancak bir alacak hakkının fer'î niteliğinde olabileceği kabul edilmiştir[10].

---

5 **Ayiter, Nuşin** (1977) Eşya Hukuku, Ankara, Sevinç, s. 178; **Akipek,** s. 228; **Saymen/Elbir,** s. 618; **Gürsoy/Eren/Cansel,** s. 1034; **Köprülü/Kaneti,** s. 378; **Aybay/Hatemi,** s. 285; **Acar,** s. 67; **Nomer/Ergüne,** s. 41; **Ayan,** s. 220; **Aktepe, Sezin** (2007) 'İpoteğin Alacağa Bağlı Hak Olması ve Diğer Özellikleri' İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S:12, s. 179; **Ernst, Wolfgang/Zogg, Samuel** 'Die Grundpfandverschreibung': Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas (Editörler) (2011) Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 2. Auflage, Basel, Helbing & Lichtenhahn, Vor. Art 824-835, Rdnr. 2, 7.

6 **Bertan, Suad** (1976) Aynî Haklar, C:2, Ankara, Balkan, s. 1576.

7 **Wieland, Carl Albert** (1909) Das Sachenrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuchs, Zürich, Schulthess (Çeviren: Karafaki, İ. Hakkı (1946) Aynî Haklar, Ankara, Yeni Cezaevi), s. 631; **Wolfgang/Zogg,** Vor. Art 824-835, Rdnr. 4; **Wolf/Wellenhofer,** § 27, Rdnr. 3, 11.

8 **Ayiter,** s. 181.

9 **Acar,** s. 9, 37.

10 "…ipotek hakkının bağımsız bir varlığı olamaz. İpotek hakkı ancak alacak hakkının fer'i olur. İpoteklerde ana hak kişiler arasında bir hukuki bağdan doğan şahsi bir borç münasebetidir.

İpoteğin alacağa bağlılığın bir sonucu olarak, teminat altına alınan alacağın devri hâlinde ipotek de kendiliğinden yeni alacaklıya geçer (TBK m. 189/1)[11]. Zira, ipotekli alacağın devrinde, ipotek hakkı alacak hakkına mutlak olarak bağlıdır[12]. Bunun için alacağın devredildiğinin tapu siciline tescil edilmesi de şart değildir (TMK m. 891)[13]. Yine ipoteğin asıl alacağa bağlı bir hak

İpotekte ayni hak amaç değil, bir emniyet sağlama çağrısıdır." İBK, 02.04.2004, 2003/1, 2004/1 <http://www.kazanci.com> s.e.t. 20.02.2019.

[11] **Ayiter,** s. 181; **Tekinay,** s. 107, 117; **Akipek,** s. 227, 233; **Saymen/Elbir,** s. 623-624; **Gürsoy/Eren/Cansel,** s. 1042; **Köprülü/Kaneti,** s. 378, 390; **Serozan,** s. 305, 311, 315; **Aybay/Hatemi,** s. 285; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir,** s. 964; **Sirmen, Lale** (2006) 'İpotekli Alacağın Devredilmesi ile İlgili Bazı Sorunlar', Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXII, 15 Aralık 2006, s. 218; **Çetiner** (2015), s. 135; **Acar,** s. 11; **Nomer/Ergüne,** s. 43; **Ayan,** s. 219-220, 240; **Özçelik, Ş. Barış** (2017) 'İpoteğin Alacağa Bağlılığı', Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C:33, S:4, s. 172; **Wieland,** s. 616, 664; **Wolfgang/Zogg,** Art. 835; **Schmid/Hürlimann-Kaup,** Rdnr. 1615; **Gödde,** s. 32; **Lüke,** § 18, Rdnr. 697; "…bu durumda, temlik alınan kısım kadar ipotek hakkının da TBK'nun 189. maddesinde yer alan emredici düzenleme gereğince temlik alacaklısına geçeceği tabii olup, ... Noterliği'nin 17.9.2013 tarih ve 27416 yevmiye numaralı alacağın temliki sözleşmesinin 2. bendinde, ipotek hakkının da açıkça devredildiği, söz konusu bentteki düzenleme olmasaydı dahi, Kanunun emredici hükmü gereğince alacağın devri ile bağlı haklardan olan ipotek hakkının da intikal edeceği gerçeği karşısında, mahkemenin, temliknamede alacağın devri ile beraber ipotek hakkının devredilmediği yönündeki gerekçesi yerinde değildir." 12. HD, 31.05.2016, 12833/15402 <http://www.kazanci.com> s.e.t. 20.02.2019.

[12] **Çetiner** (2015), s. 134-135; **Sirmen** (2018), s. 633; **Ayan,** s. 219; **Aktepe,** s. 182; **Schmid/Hürlimann-Kaup,** Rdnr. 1602-1603; **Gödde,** s. 30. Benzer yönde bkz. **Köprülü/Kaneti,** s. 377. Bu bağlılığın tek yönlü olduğu, ipotek hakkı devredilmeksizin alacak hakkının devredilebileceği; ancak, alacak hakkı devredilmeksizin ipoteğin devredilemeyeceği hakkında bkz. **Acar,** s. 11. Karş. **Sirmen** (2018), s. 633; **Sirmen** (2006), s. 218.

[13] Diğer yandan, Tapu Sicili Tüzüğü'nün 31. maddesinin ikinci fıkrasında, ipotekli alacağın devrinin yaratabileceği muhtemel sorunları önleyebilmek için alacağın devrinin düşünceler sütununda gösterileceği düzenlenmiştir. Ancak, ilgili düzenleme sadece bir düzen kuralı olduğundan aksine davranış devrin geçerliliğini etkilemeyecektir (**Aktepe,** s. 182; **Ayan,** s. 219). Bu şekilde, Türk Medenî Kanunu'nun 891. maddesinde yer alan düzenleme, ipotek hakkının alacağı devralana geçmesi için bu hususun tapu siciline tescil edilmesinin şart olmadığı ve ipoteğin de alacak hakkıyla beraber devralana geçtiği şeklinde anlaşılmaktadır. Bkz. **Acar,** s. 11; **Nomer/Ergüne,** s. 47; **Özçelik,** s. 172. Nitekim Yargıtay kararları da bu yöndedir: "Yukarıda özetlenen dosya kapsamında, borçlunun üçüncü kişiyle yaptığı alacağın devri sözleşmesi ile alacağın temlik edildiği, bu durumda, temlik alınan kısım kadar ipotek hakkının da TBK'nun 189. maddesinde yer alan emredici düzenleme gereğince temlik alacaklısına geçeceği tabii olup, kanunun emredici hükmü gereğince alacağın devri ile bağlı haklardan olan ipotek hakkının da intikal edeceği gerçeği karşısında, mahkemenin, alacağın temliki ile birlikte ipoteğin devrinin geçerli olabilmesi için tapu siciline tescilinin gerekli olduğu yönündeki

olmasının devamı olarak teminat altına alınan alacağın sona ermesi hâlinde ipoteğin de kendiliğinden sona ereceği, terkine kadar tapu sicilinde görünen ipoteğin sadece şeklî bir nitelik taşıdığı kabul edilmektedir[14].

İpotek hakkı, -asıl alacak hakkına bağlılığı yanında- esasen alacak hakkı gibi "kişisel bir hak" niteliğinde de değildir. Diğer bir ifadeyle, ipotekli taşınmaz maliki olan ve fakat asıl alacak ilişkisinin borçlusu olmayan üçüncü kişinin ipotek miktarını borçlandığı söylenememekte; ipotek, bir alacak hakkı olarak kabul edilememektedir[15]. İpotekte, ipotekli taşınmaz maliki, sadece ipotek hakkı sahibinin alacağını elde edememesi hâlinde ipotek konusunun satılıp satış bedelinden alacağın karşılanmasına katlanma yükümlülüğü altındadır[16]. Bu durumda, ipotek hakkının, alacaklıya, taşınmaz malikine yönelik ayrı ve bağımsız bir kişisel hak, alacak hakkı bahşetmediği sonucuna varılabilir. Böylece ipotek hakkına, sadece teminatını oluşturduğu asıl alacak hakkının ödenmemesi hâlinde ve onunla bağlantılı olarak başvurulabilir.

İpoteğin asıl alacağa bağlı bir fer'î hak olması nedeniyle, ondan bağımsız olarak ipoteğin devredilmesi mümkün olmayıp[17] asıl alacak hakkı sahibi ile ipotek hakkı sahibi her zaman aynı kişi olmak zorundadır[18]. Aksi hâlde, asıl alacak hakkından bağımsız bir ipotek hakkı meydana getirilmiş olur ki böyle bir sonuç sınırlı aynî haklara ilişkin tipe bağlılık ve sınırlı sayı ilkesine aykırılık teşkil eder[19].

---

gerekçesi yerinde değildir." 12. HD, 17.04.2017, 14201/5881 <http://www.kazanci.com> s.e.t. 20.02.2019.

[14] Bu konudaki görüşler ve detaylı bilgi için bkz. **Tekinay,** s. 107-108; **Akipek,** s. 227 vd; **Saymen/Elbir,** s. 626; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir,** s. 966; **Nomer/Ergüne,** s. 43; **Ayan,** s. 241; **Özçelik, s.** 183 vd; **Aktepe,** s. 183; **Wolfgang/Zogg,** Vor. Art 824-835, Rdnr. 4; **Wieland,** s. 640 vd.

[15] Bu konudaki tartışmalar için bkz. **Kuntalp,** s. 291 vd.

[16] **Kuntalp,** s. 292-293.

[17] **Çetiner** (2015), s. 17, 134; **Acar,** s. 11, 67; **Sirmen** (2018), s. 633; **Ayan,** s. 219; **Köprülü/Kaneti,** s. 378; "Alacağın devri bakımından BK.nun 162. maddesinde sözü edilen şartlardan başka şartlar aramaya lüzum yoktur. Öte yandan fer`i haklardan olması dolayısiyle rehin hakları, genel hükümlere göre müstakilen değil, temin ettiği alacakla beraber temlik edilebilir. Bir başka deyimle alacaksız ipoteğin temliki mümkün değildir." 14. HD, 28.12.1987, 9204/9266 <http://www.kazanci.com> s.e.t. 20.02.2019. Ayrıca bkz. **Saymen/Elbir,** s. 624.

[18] **Köprülü/Kaneti,** s. 378; **Serozan,** s. 312; **Wolfgang/Zogg,** Art. 824, Rdnr. 31; **Wolf/Wellenhofer,** § 27, Rdnr. 11; **Lüke,** § 18, Rdnr. 674.

[19] **Özçelik, s.** 172. Ayrıca bkz. **Erel, Şafak N.** (1982) Eşyaya Bağlı Borç, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, s. 9 vd, 74 vd; **Saymen/Elbir,** s. 556.

O hâlde, ipotek hakkının –özellikle alacaklıya bahşettiği aynî teminat bakımından– asıl alacak hakkından ayrı bir hukukî önemi kabul edilse dahi, kullanılması ve hukukî işlemlere konu olması bakımından asıl alacaktan ayrı, ondan bağımsız bir mevcudiyetinin söz konusu olamayacağı sonucuna varılabilir.

II. GENEL OLARAK HACİZ VE HACZEDİLEBİLECEK HAKLAR

Haciz, borçlunun borcunu kendi arzusuyla ödememesi üzerine alacaklının talebiyle borçlunun borca yetecek mal ve hakkına Devlet aracılığıyla el konulmasıdır[20]. Kural olarak tüm malvarlığı ile sorumlu olan borçlunun kendi nezdindeki ve üçüncü kişilerdeki bütün taşınır, taşınmaz mal ve haklarına haciz konulabilir. Ancak, alacaklının alacağına kavuşmasını sağlarken, borçlunun ve ailesinin topluma muhtaç hâle düşmemesi, asgari bir yaşam standardını muhafaza etmesi, ekonomik varlığını devam ettirebilmesi gibi sosyal ve kamusal düşüncelerle borçlunun bazı mal ve haklarının haczedilemeyeceği kabul edilmiştir[21]. Haczi caiz olmayan mallar İcra ve İflâs Kanunu'nun 82. maddesinde 12

---

[20] **Postacıoğlu, İlhan E./Altay, Sümer** (2010) İcra Hukuku Esasları, 5. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 359; **Kuru, Baki** (1988) İcra ve İflâs Hukuku, C:1, 3. Baskı, İstanbul, Alfa, s. 616; **Kuru, Baki** (2013) İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara, Adalet, s. 410; **Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet** (2011) İcra ve İflâs Hukuku, 9. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 241; **Muşul, Timuçin** (2015) İcra ve İflâs Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Adalet, s. 310; **Muşul, Timuçin** (2013) İcra ve İflâs Hukuku, C:1, 6. Baskı, Ankara, Adalet, s. 505; **Karslı, Abdurrahim** (2014) İcra Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, İstanbul, Filiz, s. 278; **Balkan, Yavuz** (2009) Haczedilmezlik ve Benzer Müesseseler, Ankara, Seçkin, s. 17; **Winkler, Thomas** 'Fortsetzung der Betreibung' : Hunkeler, Daniel (Editör) (2014) Kurzkommentar SchKG, 2. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn, Art. 89, Rdnr. 2; **Spühler, Karl** (2014) Shuldbetreibungs- und Konkursrecht, 6. Auflage, Genf, Schulthess, § 27, Rdnr. 453.

[21] **Belgesay, Mustafa Reşit** (1948) İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, 2. Baskı, İstanbul, Cumhuriyet, s. 204; **Ansay, Sabri Şakir** (1954) Hukuk İcra ve İflâs Usulleri, 3. Baskı, Ankara, Yeni Cezaevi, s. 91-92; **Berkin, Necmeddin M.** (1957) 'Haczi Caiz Olmayan Eşya ve Alacaklar', İstanbul Barosu Dergisi, C:31, S:5, s. 114; **Postacıoğlu/Altay,** s. 410; **Kuru** (1988), s. 779; **Kuru, Baki** (1962) 'Haczi Caiz Olmayan Şeyler', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:19, S:1-4, s. 278; **Üstündağ, Saim** (2004) İcra Hukukunun Esasları, 8. Baskı, İstanbul, s. 170-172; **Uyar, Talih** (1990) İcra Hukukunda Haciz, 2. Baskı, Manisa, Feryal, s. 468; **Uyar, Talih** (1974) 'Haczi Caiz Olmıyan Mallar ve Haklar', Recaî Seçkin'e Armağan, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s. 552; **Özbay, İbrahim** (2005) 'İcra ve İflâs Hukukumuzda Haczedilmezlikten Feragat' Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:9, S:1-2, s. 543; **Özekes, Muhammet** (2009) İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara, Adalet, s. 114, 152, 178-179, 223; **Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin Özkan ve diğerleri,** s. 246; **Şeker, Hilmi**

bent hâlinde ve tahdidi bir şekilde ve ayrıca bazı özel kanunlarda[22] düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler borçlunun tüm malvarlığının haczedilebileceği kuralına istisna olup, kıyas yoluyla genişletilemez[23].

Haczedilmezliğe ilişkin bu kanunî düzenlemeler haricinde, icra hukuku ile haczin amaç ve niteliğinden kaynaklanan başka sınırlamalar da mevcuttur. Bu çerçevede, hacizde amaç, haczedilen malların satılarak alacaklının alacağına kavuşmasını sağlamak olduğuna göre, maddî hukuka göre başkasına devri caiz olmayan[24], bedeli satış masraflarını karşılamayacak (İİK m. 85/5) veya maddî

(2008) 'Sürdürülebilir Yaşam, Sağlıklı Yaşlanma ve Haczedilmezlik', Legal Hukuk Dergisi, C:6, S:70, s. 3379; **Yıldırım, M. Kâmil/Deren-Yıldırım, Nevhis** (2012) İcra Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Beta, s. 141-142; **Balkan,** s. 25.

Benzer düşüncelerle borçluya ait bazı mal ve hakların haczedilemez olduğu yabancı hukuk sistemlerinde de düzenlenmiştir. Alman hukuku için bkz. **Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang/Becker, Udo** (2018) Zivilprozessordnung, 15. Auflage, München, Vahlen, § 811, Rdnr. 1; **Kindl, Johann/Meller-Hannich, Caroline/Wolf, Hans-Joachim** (2015) Zwangsvollstreckung Handkommentar, 3. Auflage, Baden-Baden, Nomos, § 811, Rdnr. 1; **Vorwerk, Volkert/Wolf, Christian/*Forbriger*:** BeckOK ZPO, 31. Auflage, München 2018, § 811, Rdnr. 1. İsviçre hukuku için bkz. **Kren Kostkiewicz, Jolanta** 'Unpfändbare Vermögenswerte' : Hunkeler, Daniel (Editör) (2014) Kurzkommentar SchKG, 2. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn, Art. 92, Rdnr. 1; **Studer, Josef/Zöbeli, Markus** (2015) Shuldbetreibungs- und Konkursrecht, 4. Auflage, Freiburg, Orell Füssli, s. 97-98; **Vonder Mühll, Georges** 'Unpfändbare Vermögenswerte' : Staehelin, Adrian/Bauer, Thomas/Staehelin, Daniel (Editörler) (2010) Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 2. Auflage, Basel, Helbing & Lichtenhahn, Art. 92, Rdnr. 3.

[22] 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'nun 29. maddesinin 2. fıkrasında finansal kiralama konusu malların; 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin dokuzuncu fıkrasında belediyeye ait bazı mal ve hakların; 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 93. maddesinin 1. fıkrasında sigortalı ve hak sahiplerinin bu kanun gereği doğan gelir, aylık ve ödeneklerinin, prim borçları ve nafaka borçları haricinde; 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 15. maddesinin 1. fıkrasında vakıflara ait hayrat taşınmazların ve 77. maddesinin 1. fıkrasında Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne ve mazbut vakıflara ait taşınmazların; 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu'nun 5. maddesinin 5. fıkrasında ticarî amaç güdülmeden bilhassa ev ve bahçesi içerisinde bakılan ev ve süs hayvanlarının; 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 34. maddesinin 1. fıkrasında elektronik haberleşme hizmetleri ile ilgili olarak abone veya kullanıcılara tahsis edilen frekans, numara ve hat kullanımı ile internet alan adları gibi intifa ve kullanım hakları ile işletmecilerin yetkilendirmelerinin haczedilemeyeceği belirtilmiştir.

[23] **Karslı,** s. 288. Karşı görüşte **Balkan,** s. 25

[24] "…İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlenmemekle birlikte, maddi hukuk kurallarına göre, bir kısım mal ve hakların da haczi mümkün değildir. Buna göre, maddi hukuka göre başkasına devri yasak olan mal ve haklar da haczedilemez." 12. HD, 30.11.2017, 23575/14997

bir değeri olmayan mal ve hakların haczi caiz değildir[25]. Aksi hâlde, haciz müessesesi, alacaklının alacağına kavuşmasını sağlamaktan ziyade[26] borçluya psikolojik bir baskı yapmak amacıyla kullanılacaktır ki icra sisteminin böyle bir sonuca hizmet edemeyeceğine şüphe yoktur.

Özellikle haczedilen malın paraya çevrilerek alacaklının tatmin edilmesi gerektiğinden, maddî bir değeri olmayan ve satış (paraya çevirme) yoluyla üçüncü kişilere devredilemeyecek mal ve hakların haczedilemeyeceği işin doğası gereğidir. Bu kapsamda yer alan malvarlığı değerleri sadece somut varlığı bulunan taşınır ve taşınmaz mallar değil, borçluya ait malvarlığı değerleri kapsamında yer alan alacak ve sair tüm haklardır. Borçluya ait somut bir varlığı bulunmayan birtakım hakların haczedilebileceği ve paraya çevrilebileceğine İcra ve İflâs Kanunu'nun çeşitli maddelerinde yer verilmiş olmasına rağmen (İİK m. 88, 89, 120), bu hakların genel bir kriter olan belirttiğimiz şartları da sağlaması gerektiğine şüphe yoktur. Örneğin, oturma hakkı (TMK m. 823/2) ile diğer irtifak hakları (TMK m. 838/2) başkasına devredilemeyeceğinden haciz de edilemez[27]. Bu çerçevede yine bir sınırlı aynî hak olarak intifa hakkının hac-

<http://www.kazanci.com> s.e.t. 20.02.2019; "Bir şeyin haczedilip haczedilemeyeceği -yasalardaki özel hükümler dışında- o şeyin 'devredilip edilememe' niteliği belirlendiğinden, başka bir deyişle ancak devri mümkün (serbest) olan şeyler haczedilebilir." 12. HD, 04.05.2007, 6560/9012 <http://www.kazanci.com> s.e.t. 20.02.2019. Aynı yönde 17. HD, 09.02.2016, 8021/1347 <http://www.kazanci.com> s.e.t. 20.02.2019; HGK, 27.01.2016, 13-684/106 <http://www.kazanci.com>s.e.t. 20.02.2019; HGK, 27.05.2015, 12-2274/1486

<http://www.kazanci.com> s.e.t. 20.02.2019.

Aynı kural Alman hukukunda kanunen düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemenin, icra hukukunun maddî hukukla ilgilisi ve maddî hukuk kurallarıyla uyumuna işaret ettiği belirtilmektedir. Bu konuda bkz. **Kindl/Meller-Hannich/Wolf,** § 851, Rdnr. 1; **Musielak/Voit/Becker,** § 851 Rdnr. 1; **BeckOK ZPO/*Riedel,*** § 851 Rdnr. 1.

[25] **Ansay,** s. 67, 84 vd.; **Postacıoğlu/Altay,** s. 412; **Kuru** (1988), s. 778-779; **Kuru** (1962), s. 277-278; **Kuru** (2013), s. 501-502; **Uyar** (1974), s. 551, 555; **Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin Özkan ve diğerleri,** s. 245-246; **Muşul** (2013), s. 504, 537; **Ulukapı, Ömer** (1995) 'Haczedilmezlik ve Haczedilmezliğin '4046 Sayılı Özelleştirme Kanunu' Kapsamındaki Uygulaması', Banka ve Ticaret Hukuk Dergisi, C:18, S: 1-2, s. 137-138; **Üstündağ,** s. 170-173; **Yıldırım/Deren-Yıldırım,** s. 139; **Kren Kostkiewicz** (2014b), Art. 92, Rdnr. 2; **Spühler,** § 27, Rdnr. 463; **Kren Kostkiewicz, Jolanta** (2014) Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 2. Auflage, Genf, Schulthess, s. 173; **Vonder Mühll,** Art. 92, Rdnr. 1-2.

[26] **Vonder Mühll,** Art. 92, Rdnr. 1.

[27] **Kuru** (2013), s. 502.

zedilebileceği açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen (İİK m. 83), sadece kullanılması başkasına devredilebilen intifa haklarının[28] haczedilebilir olduğu kabul edilmektedir[29].

III. İPOTEK HAKKININ HACZİ İLE İLGİLİ SORUN, UYGULAMA ve YARGITAY KARARLARI

A. SORUNUN TESPİTİ

Çalışmamızın önceki bölümlerinde borçluya ait hangi hakların haczinin mümkün olduğu üzerinde durulmuş ve bu çerçevede özellikle ipotek hakkı gibi diğer birtakım sınırlı aynî hakların hangi şartlar altında haczedilebileceğine kısaca değinilmiştir. Yukarıda da ifade edildiği gibi, sınırlı aynî hakların haczedilebilir olabilmesi için her şeyden önce devredilebilir nitelikte olması gerekir. Bu çerçevede, bir takip borçlusunun üçüncü bir kişiden olan alacağının teminatı olan ipotek hakkının haczi konusuna tereddütle yaklaşmak gerekir. Daha açık bir ifadeyle, alacaklı A icra takibinin borçlusu B'nin Ü'den olan belirli bir miktar alacağını icra hukuku kuralları çerçevesinde çeşitli yollarla haczedebilir. Ancak, Ü'nün B'ye olan borcu için aynî teminat olarak B lehine tesis edilen ipotek hakkının, ipotekli taşınmazın Ü veya başka bir üçüncü kişiye ait olması önemli olmaksızın, ayrı ve bağımsız bir hakmışçasına haczi ve paraya çevrilmesi eleştiriye açık bir uygulamadır. Özellikle, ipotekli taşınmaz malikinin borçtan şahsen sorumlu olmayan bir kişi olması hâlinde, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte malik ve asıl borçlunun şeklî mecburî takip arkadaşı olması[30], icra hukuku

---

[28] Böyle bir durumda dahi devredilebilecek olan bizzat intifa hakkının kendisi değil; TMK m. 806 çerçevesinde intifa hakkının kullanılmasıdır. Bu nedenle, bizatihi intifa hakkının haczinden değil; intifa hakkının kullanılmasından elde edilen semerelerin haczinden söz etmek daha yerinde olacaktır. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Saymen/Elbir,** s. 521; **Akipek,** s. 86 vd; **Özen, Burak** (2008) Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul, Vedat, s. 293 vd.

[29] **Kuru** (2013), s. 447; **Üstündağ,** s. 174; **Muşul** (2013), s. 563; **Muşul** (2015), s. 335.

[30] Örneğin, 12. HD, 24.09.2018, 4145/8533 <http://www.kazanci.com> s.e.t. 20.02.2019; 12. HD, 05.07.2018, 10525/7456 <http://www.kazanci.com> s.e.t. 20.02.2019; 12. HD, 02.07.2018, 3763/7041 <http://www.kazanci.com> s.e.t. 20.02.2019; 12. HD, 20.03.2018, 29839/2784 <http://www.kazanci.com> s.e.t. 20.02.2019. Ayrıca bkz. **Kuru, Baki** (1993) İcra ve İflâs Hukuku, C:3, 3. Baskı, İstanbul, Alfa, s. 2400, 2411; **Kuru** (2013), s. 997-998; **Üstündağ,** s. 72; **Dişel, Buse** (2014) İcra Hukukunda Takip Arkadaşlığı, İstanbul, Oniki Levha, s. 101.

kuralları bakımından da ipotek hakkıyla asıl hakkın bir arada işlemlere tâbi tutulması gerektiğine örnek olarak gösterilebilir.

Nitekim, asıl alacağa bağlı bir sınırlı aynî hak olan ipotek hakkının maddî hukuka göre tek başına devredilmesi ve müstakil bir hak olarak tedavülü kabul görmemektedir. O hâlde, aynî bir teminat olarak ipotek, teminatını oluşturduğu asıl alacaktan tamamen bağımsız ve ayrı bir hukukî statüye sahip değildir. Bu nedenlerle, devredilebilirlik noktasında asıl alacaktan ayrılamayan ipotek hakkının, haczedilebilirlik bakımından da aynı koşullara tâbi olması gerektiği kanaatindeyiz. Ancak uygulamada, takip borçlusunun üçüncü kişiden alacağı için tapuya tescil edilmiş ipotek hakkına müstakilen haciz işlemleri yapıldığı ve Yargıtay kararlarının da bu uygulamayı desteklediği görülmektedir. Bu hususta aşağıda ayrıntılı açıklama ve değerlendirme yapılmış; ayrıca, ipotekle teminat altına alınan bir alacak hakkının haczinin söz konusu ipoteğe etkisi üzerinde durulmuştur.

B. UYGULAMA VE YARGITAY'IN KONUYLA İLGİLİ GÖRÜŞÜ

Aşağıda belirtilen somut Yargıtay kararlarından ve şu an hâlen derdest icra dosyalarından yaptığımız araştırmalar çerçevesinde mevcut uygulamanın ipotek hakkının haczine cevaz verme yönünde olduğunu söyleyebiliriz. Uygulamada karşılaştığımız bu haciz işlemlerinin tamamı Yargıtay aşamasına vararak somut bir yüksek yargı kararına konu olamasa da, mevcut icra hukuku işleyişimizin genel olarak ipotek hakkının haczedilebileceğini kabul etme yönünde olduğu, aşağıda belirttiğimiz somut kararlardan da anlaşılmaktadır.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin çeşitli kararlarında, alacaklının, borçlunun üçüncü bir kişiden olan alacağının teminatı olarak tescil edilen ipotek hakkının haczinin mümkün olduğu[31] açıkça ifade edilmektedir. Aynı ifadelerle ipo-

[31] "İpotek, kişisel bir alacağın teminat altına alınması amacını güden ve bir taşınmazın değerinden alacaklının alacağını elde etmesi olanağını sağlayan sınırlı bir ayni haktır. Haciz ise, kesinleşmiş bir icra takibinin konusu olan belli bir para alacağının ödenmesini sağlamak için, bu yolda talepte bulunan alacaklı lehine, söz konusu alacağı karşılayacak miktar ve değerdeki borçluya ait mal ve haklara, icra müdürü tarafından el konulmasıdır. Sınırlı ayni hakların

tek hakkının haczinin mümkün olduğunun vurgulandığı farklı dairelerden verilmiş daha yeni tarihli kararlar da mevcuttur[32]. Bu durumda, ipotek hakkının haczi yönündeki taleplerin kabul gördüğü mevcut uygulamanın hâlen Yargıtay tarafından da desteklendiği sonucuna varılabilir. Bu yöndeki kararların gerekçesi olarak, sınırlı aynî hakların haczinin mümkün olduğu ve ipoteğin de bu kapsamda bir sınırlı aynî hak olduğu; ayrıca, ipotek hakkının haczedilemeyeceğine ilişkin özel bir düzenlemenin de mevcut olmadığı vurgulanmaktadır.

Konuyla ilgili diğer bir Yargıtay kararına[33] konu olan olayda ise, borçlunun, üçüncü bir kişiden olan alacağının teminatı olarak lehine konulan ipotek hakkının haczi talep edilmiş; ancak, tapu idaresince haczin doğrudan taşınmazlar üzerine işlenmesi nedeniyle alacaklının şikâyet yoluna başvurandan herhangi bir alacağının da olmadığı belirtilerek icra mahkemesine başvurulmuştur. Karar metninde, ilk derece mahkemesinin kararına yapılan atıflardan anlaşıldığı kadarıyla icra mahkemesince, *ipotek alacağının fer'i haklardan olması nedeniyle rehin haklarının müstakilen değil, temin ettiği alacakla birlikte temlik edilebileceği, somut olayda ipotekten kaynaklı bir alacağın henüz doğmamış bulunması ve kural olarak ileride doğacak alacaklara haciz konulamayacağı gerekçesiyle şikâyetin kabulü ile ipotek hakkı üzerine konulan haczin kaldırılmasına* karar verilmiştir. Yargıtay, taşınmaz üzerine konulan hacizlerin kaldırılmasının talep edilmesine rağmen, ipotek hakkı üzerine konulan hacizlerin kaldırılmış olmasının taleple bağlılık ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle ilgili ilk derece

haczi mümkün olduğundan, sınırlı ayni hak niteliğinde olan borçlunun sahip bulunduğu bir ipotek hakkı da haczedilebilir. Haczin tamamlanması için ipotek hakkının haczedildiğinin tapu siciline şerh verilmesi yeterlidir. İpotek hakkının haczedilemeyeceğine ilişkin yasal bir engel de bulunmamaktadır. Bu durumda, ipotek hakkının haczedilmesinde yasaya uymayan bir yön bulunmamaktadır." 12. HD, 14.11.2013, 2013/26641, 2013/36040 http://www.kazanci.com azanci.com" http://www.kazanci.com s.e.t. 20.02.2019. Aynı yönde 12. HD, 17.04.2017, 14201/5881 <https://www.lexpera.com.tr> s.e.t. 21.02.2019; 12. HD, 12.01.2016, 23049/333 <http://www.kazanci.com> s.e.t. 20.02.2019; 12. HD, 19.02.2014, 1685/4640 <http://www.kazanci.com> s.e.t. 20.02.2019; 12. HD, 05.06.2012, 789/19311 https://www.lexpera.com.tr s.e.t. 21.02.2019; 12. HD, 01.11.2013, 24026/34330 <https://www.lexpera.com.tr> s.e.t. 21.02.2019.

[32] Örneğin, "Sınırlı ayni hakların haczi mümkün olduğundan, sınırlı ayni hak niteliğinde olan borçlunun sahip bulunduğu bir ipotek hakkı da haczedilebilir." 20. HD, 20.02.2018, 11084/1190 <http://www.kazanci.com> s.e.t. 20.02.2019.

[33] 12. HD, 28.03.2014, 2014/5002, 2014/9159 <http://www.kazanci.com> s.e.t. 20.02.2019.

mahkemesi kararını bozmuştur. Söz konusu kararda, -her ne kadar somut olaya uygun olmayabilirse de- özellikle ilk derece mahkemesinin kararına konu edilen gerekçeler konumuz bakımından önem arz etmektedir. Zira mahkeme, ipotek hakkının müstakilen devredilemeyeceğini ve sadece teminata konu alacak hakkıyla birlikte devredilebileceğini belirterek böyle bir alacağın mevcut olmaması hâlinde ipotek hakkına da haciz konulamayacağı sonucuna varmaktadır. Ayrıca burada mahkemenin, esasen ipotekle teminat altına alınan alacak haczedilmeden ipotek hakkının da haczedilemeyeceği yönündeki görüşe de yaklaştığı söylenebilecektir.

Bu noktada, esasen ilgili alacak hakkı usûlüne uygun bir şekilde haczedilmesine rağmen ayrıca ve açıkça tapuya tescil edilmiş ipotek hakkının da haczinin gerekip gerekmediği hususu büyük bir önemi haizdir.

IV. KONUYA İLİŞKİN DEĞERLENDİRME VE GÖRÜŞÜMÜZ

A. İPOTEĞİN TEMİNATINI OLUŞTURDUĞU ASIL ALACAK ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRME

Asıl alacak usûlüne uygun bir şekilde haczedilmişse, bu alacağın paraya çevrilmesi süresinde alacaklılar gerekirse İcra ve İflâs Kanunu'nun 120. maddesine göre alacakları yetkiye dayanarak ilgili alacağa bağlı olan ipotek hakkı için de ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibe başvurabilir[34]. Bunun için alacaklıların ayrıca ve açıkça tapudaki ipotek hakkı üzerine haciz talep ve icra etmelerine gerek yoktur ve hatta alacaklıların bu yöndeki haciz talepleri maddî hukukta kabul gören ipotek hakkının tek başına devredilemez olduğu gerekçesiyle reddedilmelidir. Nitekim, maddî hukuk bakımından da ipoteğin tek başına bir

[34] **Bulut, Uğur** (2013) İcra Hukukunda Ödeme Yerine Alacakların Devri (İİK m. 120), Ankara, Adalet, s. 244.
İpotek hakkının haczedilebileceği yönündeki Yargıtay kararlarında da haciz sahibi alacaklının icra dairesinden alabilecekleri yetkiyle ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibe başvurabilecekleri belirtilmelidir: "Alacaklı tarafından borçlu hakkında kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile yapılan Ankara 26. İcra Müdürlüğünün 2007/5384 sayılı icra takip dosyasında borçlunun şikayetçiye ait taşınmaz üzerindeki ipotek hakkına haciz konmuş ve buna dayanarak alınan 13.04.2012 tarihli yetki belgesi ile şikayetçi hakkında Ankara 26. İcra Müdürlüğünün 2012/8076 esas sayılı dosyasından ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamlı icra takibi yapılmıştır." 12. HD, 25.03.2014, 5833/8697 <https://www.lexpera.com.tr> s.e.t. 21.02.2019.

işleme konu olamayacağı, devredilemeyeceği ve tedavül edemeyeceği vurgulanmaktadır[35]. Bu çerçevede ipotek hakkının tek başına haczedilemeyeceği sonucunu da kabul etmek gerekmektedir. Aksi hâlde, asıl alacaktan bağımsız olarak ve ayrı bir şekilde haczedilen ipotek hakkının paraya çevrilmesinde hukuken açıklanması mümkün olmayan sonuçlarla karşılaşılabilir. Örneğin, ipoteğin konusunu oluşturan alacak başka takip alacaklıları tarafından daha önce haczedilmiş olmasına rağmen bir şekilde başka bir alacaklı tarafından ipotek hakkına haciz şerhi işletilir ve ipoteğin paraya çevrilmesi imkânı da bu alacaklıya tanınırsa, aynî teminatın konusunu oluşturan alacak hakkını daha önce haczettirmiş takip alacaklıları -aslında alacak hakkını haczetmekle ilgili alacağın teminatına da başvurma hakkını haiz olmalarına rağmen- sonradan ipotek hakkına haciz talep eden diğer takip alacaklılarına kıyasla daha geride kalabilir. Bu nedenle, alacağın iradî devrinde dahi ipotek hakkına ayrıca tapuya tescil verilmesine ihtiyaç duyulmamasına rağmen (TMK m. 891), haciz işlemleri bakımından böyle bir haciz şerhine ihtiyaç ve hatta özellikle ilgili alacak hakkının haczinden bağımsız olarak imkân dahi yoktur.

B. DİĞER TEMİNAT AMAÇLI İŞLEMLER ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRME

İpotek hakkının tek başına haczedilemeyeceği yönündeki görüşümüzü destekleyici başka bir husus da şahsî teminat olarak kefalettir. Aynî teminat olan ipotek için yukarıda değinilen yargı kararlarına, şahsî teminat olarak kefalet için rastlanılmamaktadır. Zira, takip borçlusunun bir alacağının haczedilmesi haricinde, bu alacaktan ayrı ve bağımsız olarak devredilebilecek olan kefilden olan alacak hakkından söz edilememektedir[36]. Nasıl ki, haczedilen alacak hakkının paraya çevrilmesi sürecinde ilgili alacağa şahsen teminat veren kefile

---

[35] **Acar,** s. 67. Ayrıca bkz. yuk. I-II.

[36] Bu durum, kefalet, rehin ve ipotek gibi fer'i hak niteliğindeki teminatların genel bir özelliğidir. Bu konuda bkz. **Tekinay,** s. 70-71; **Çetiner** (2015), s. 17 vd; **Serozan,** s. 310; **Acar,** s. 37 vd; **Çetiner, Bilgehan** (2016) 'Geniş Kapsamlı Teminat Amacı Açıklamalarının Geçerliliği Sorunu', Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:22, S:3, s. 810 vd. Kefalet için ayrıca bkz. **Özen, Burak** (2017) Kefalet Sözleşmesi, 4. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 88 vd.

başvurulabiliyorsa, benzer şekilde bir aynî teminat olan ipotek (ve hatta rehin) hakkı için de aynı sonuçları kabul etmek gerekmektedir.

Bu noktada teminat mektubu ve teminat mektubundan kaynaklanan hakkın haczi bakımından ortaya çıkan içtihatlar da önemi haizdir. Yargıtay, teminat mektubunun kıymetli evrak niteliğinde olmadığını ve lehdarın teminat mektubundan kaynaklanan mevcut bir hakkının bulunmadığını ve teminat mektubu hangi iş için verilmişse sadece o iş için haczedilerek paraya çevrilebileceğini belirtmektedir[37]. Söz konusu içtihat doğrudan ipotek için uygulanabilir olmasa dahi, ipoteğin teminatını oluşturduğunu alacağa bağlı olma ve birlikte işlemlere tâbi tutulma zorunluluğu noktasında dikkate alınabilecektir. Nasıl ki teminat mektubu[38] sadece verildiği iş için paraya çevrilebilecekse, aynî bir teminat olan ipotek hakkı da yalnızca verildiği alacak hakkının tahsili için paraya çevrilebilecektir. Dolaylı olarak, ipotek hakkının ipotek alacaklısının başka bir borcu için paraya çevrilmesi kabul görmemelidir.

---

[37] "Teminat mektuplarının kıymetli evrak niteliği bulunmamaktadır. Banka ile muhatap arasında garanti sözleşmesi niteliğinde olan teminat mektubunda lehtar, akit durumda değildir. Yani, teminat mektubu ile doğmuş ve doğacak bir hak bulunmadığından, lehdarın borcu için teminat mektubunun haczedilmesine yasal imkan yoktur. Teminat mektubu hangi iş için verilmiş ise onun için haczedilip paraya çevrilebilir." 8. HD, 03.10.2016, 26001/13002 <http://www.kazanci.com> s.e.t. 20.02.2019. Aynı yönde 8. HD, 21.06.2013, 10111/9740 <http://www.kazanci.com> s.e.t. 20.02.2019; 12. HD, 28.05.2008, 8131/10806 <http://www.kazanci.com> s.e.t. 20.02.2019; 12. HD, 05.07.2002, 13462/14707 <http://www.kazanci.com> s.e.t. 20.02.2019.

[38] Teminat mektubunun hukukî niteliği ipotek veya kefaletten ayrılmakta ve üçüncü kişinin fiilini taahhütü içeren garanti sözleşmesi niteliğinde kabul edilmektedir (bkz. İBK, 27.12.2017, 2016/1, 2017/6 <www.kazanci.com> s.e.t. 21.02.2019). Bu nedenle, esasen teminat mektubunda asıl ilişkiden bağımsızlık söz konusudur. Ancak, bizatihi teminat mektubunun kendisinin haczedilemeyeceği, sadece teminat mektubuna dayanan alacak hakkının haczinin mümkün olduğu kabul edilmektedir. Diğer bir deyişle, sadece teminat mektubunun konusunu oluşturan risk gerçekleştiği takdirde doğacak alacak hakkı haczedilebilir. İlgili teminat mektubunun konusunu oluşturan riskten, teminat amacından bağımsız olarak bizatihi teminat mektubunun haczi mümkün değildir. Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. **Sav, Atilâ** (1967) 'Banka Teminat Mektuplarının Haczi', Ankara Barosu Dergisi, S:1, s. 48-50; **Ünlütepe, Mustafa** (2012) 'Banka Teminat Mektubundan Doğan Alacağın Devri ve Haczi' İstanbul Barosu Dergisi, C:86, S:3, s. 194 vd. Ayrıca karş. **Zeren, Yıldırım** (1966) 'Banka Teminat Mektuplarının Hukukî Mahiyeti ve Hacizlerinin Caiz Olup Olmadığı Meselesi', Ankara Barosu Dergisi, S:5, s. 869-871.

C. HACZİ KABUL EDİLMEYEN DİĞER HAKLAR ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRME

Haczedilebilirlik açısından yukarıda belirttiğimiz sınırlamalarda, Yargıtay'ın birçok kararında belirtilen maddî hukuka göre devredilebilir nitelikte olmayan mal ve hakların haczedilemeyeceği kuralı da dikkate alınmalıdır. Zira, sınırlı bir aynî hak olan ipoteğin teminat altına alınan alacaktan bağımsız ve ayrı bir hak olarak kabul edilerek başkalarına devredilmesi maddî hukukta kabul görmemektedir. Ayrıca yine haczedilebilirliğe ilişkin yukarıda belirtilen sınırlamalar haricinde, devredilebilir, maddî bir değeri olan ve haczi kabil olmayan mal veya haklar arasında sayılmayan her hakkın haczinin de mümkün olamayacağı belirtilmektedir. Bazı haklar, ilgili hakların doğası gereği haczedilemezdir. Örneğin, kira sözleşmesinin kiracıya bahşettiği hak, hizmet sözleşmesinden kaynaklanan işçinin edimi, vekâlet sözleşmesinde vekilin üstlendiği hizmet veya önalım hakkı (bağlı olduğu pay haczedilmedikçe) doğası gereği haczedilemez haklardır[39]. İpotek hakkı bakımından da bu haklara benzer bir şekilde haciz hâlinde ipoteğin niteliğiyle bağdaşmayan sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Zira, ipotek bakımından maddî hukukta geçerli olan en temel ilkelerden biri olan belirlilik ilkesi, bu hakkın başka bir alacak için haczi ve paraya çevrilmesi hâlinde zedelenmiş olacaktır. Söz konusu ilkeye göre, ipotek şeklindeki teminatın konusunu oluşturan alacağın belirli veya belirlenebilir olması gerekir[40]. Teminat verenin teminat amacına yönelik irade açıklaması kapsamında kabul edilemeyecek alacaklar nedeniyle teminat konusu taşınmazın paraya çevrilmesi ipoteğin niteliğiyle bağdaştırılamaz. Bu nedenle, ipotek hakkının, teminatını oluşturduğu alacağın tahsiline yönelik işlemler yapılmaksızın, asıl alacaktan ayrı ve bağımsız bir şekilde; doğrudan, alacaklının üçüncü bir kişiye olan başka bir borcunun tahsili amacıyla haczedilmesi ve paraya çevrilmesi kabul edilemez.

---

[39] **Postacıoğlu/Altay,** s. 413; **Üstündağ,** s. 172, 175-176; **Kren Kostkiewicz** (2014b), Art. 92, Rdnr. 6; **Kren Kostkiewicz** (2014a), s. 175.

[40] Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Tekinay,** s. 72 vd; **Akipek,** s. 188 vd; **Saymen/Elbir,** s. 574 vd; **Gürsoy/Eren/Cansel,** s. 960 vd; **Serozan,** s. 315-319; **Çetiner** (2015), s. 101 vd; **Acar,** s. 44 vd; **Nomer /Ergüne,** s. 21 vd; **Sirmen** (2018), s. 582 vd; **Ayan,** s. 166 vd; **Çetiner** (2016), s. 805 vd.

D. GÖRÜŞÜMÜZ

Yukarıda çeşitli bakış açılarıyla kıyasen değerlendirmeye çalıştığımız üzere, ipotek hakkının bağımsız olarak haczinin caiz olmadığı kanaatindeyiz. Takip borçlusunun üçüncü bir kişiden olan alacağının teminatı olan ipoteğe başvurulabilmesi için öncelikle söz konusu alacak hakkının haczinin gerektiği ve bu hacizden başka tapudaki ipotek hakkına haciz işlemi uygulanmasının mümkün ve gerekli olmadığını belirtmek isteriz. Daha açık bir ifadeyle, ipotek hakkının haczinin mümkün olmadığını belirtirken, esasen bu ipotek hakkına sadece teminatı olan alacağın haczi ve paraya çevrilmesi işlemleriyle başvurulabileceğini vurgulamak istemekteyiz[41]. Konuyla ilgili bir Yargıtay kararında da zımnî de olsa benzer sonuçlara varılmıştır. Karara konu somut olayda, tapu sicilinde borçlu lehine görünen ipotek hakkına haciz şerhi işlenmiş olmasına rağmen, ipoteğin teminat altına aldığı alacak hakkının daha önceki bir tarihte devredildiğinin ispatlanması hâlinde –alacağın devriyle birlikte ipotek hakkı da kendiliğinden devralana geçtiği için– ipotek hakkına konulan haciz şerhinin de devir oranında iptali gerektiği ifade edilmiştir[42]. O hâlde, Yargıtay da aslında

---

[41] Yargıtay uygulaması da esasen ipotek hakkı ile teminat altındaki alacak hakkının ayırmama yönündedir. Zira, ipotek hakkına haciz şerhinin işlenmesini müteakiben, takip borçlusunun borçlusuna borcun vadesi geldiğinde icra dairesine ödenmesine dair muhtıra gönderilebileceği ifade edilmektedir. Ancak bu uygulama da, özellikle asıl borçlu ile ipotekli taşınmazın malikinin farklı kişiler olduğu durumlarda sorunlara neden olabilecektir. Bu nedenle, ipotek hakkının ayrı ve bağımsız bir hak olarak haczi yerine asıl alacağın hacziyle beraber ipoteğin korunması yönteminin benimsenmesinin daha yerinde olabileceği kanaatindeyiz. İlgili karar için bkz: "Sınırlı ayni hakların haczi mümkün olduğundan, sınırlı ayni hak niteliğinde olan borçlunun sahip bulunduğu bir ipotek hakkı da haczedilebilir. Haczin tamamlanması için ipotek hakkının haczedildiğinin tapu siciline şerh verilmesi yeterlidir. İpotek hakkının haczedilemeyeceğine ilişkin yasal bir engel de bulunmamaktadır. **Bu durumda, ipotek hakkının haczedilmesinde ve icra müdürlüğünce bu hacze istinaden 3. kişiye, ipoteğin vadesi geldiğinde borcun, borçlu yerine icra dosyasına ödenmesi gerektiğini bildiren muhtıra gönderilmesinde yasaya uymayan bir yön olmadığı gibi**, 3.kişinin bu konudaki muhtıranın iptalinde hukuki yararı da bulunmamaktadır. O halde mahkemece şikayetin reddi yerine yazılı şekilde kabulü isabetsizdir." 12. HD, 05.06.2012, 789/19311 <https://www.lexpera.com.tr> s.e.t. 21.02.2019.

[42] "Somut olayın incelenmesinde, ... İcra Dairesi'nin 2013/7093 Esas sayılı dosyasında, toplam 7.000.000 TL alacağın tahsili için başlatılan takipte, borçlunun üçüncü kişilerden olan alacağı için lehine tesis edilen ipoteğe 13.01.2016 tarihinde haciz konulduğu, Kadıköy 15. Noterliği'nin 26.06.2013 tarih 17185 yevmiye sayılı temlikname ile 2.000.000 TL bedelli alacak ve ipoteğin temlik alan lehine tesis edildiğinin belirtildiği, borçlunun ipotek üzerindeki haczin

tapudaki ipotek hakkının tek başına haczinin, alacaklıya bağımsız bir hak bahşetmeyeceği ve bu haczin sadece geçerli bir alacak hakkının varlığı durumunda anlam ifade edeceği sonucuna varmaktadır. Bu durumda, haciz bakımından da tapudaki ipotek hakkı değil, bu hakkın bağlı bulunduğu alacak hakkının önemli olduğu sonucuna varmak söz konusu kararda ifade edilen düşüncelerin doğal bir sonucudur.

Takip alacaklılarının haczedilen alacak hakkının teminatı olan ipoteğe başvurusu bakımından, yukarıda belirtilen ilgili alacak hakkının devri hâlinde uygulama alanı bulan yeni alacaklının düşünceler sütununda belirtilmesi[43] şeklinde bir işlem kabul edilebilir[44]. Tapu Sicili Tüzüğü'nün 31. maddesine göre, alacağın devri ve benzeri işlemler düşünceler sütununda belirtilebilmekte; ancak, devrin burada belirtilmemesi alacağın devri ve bu sayede alacağın teminatı olan ipotek hakkına başvurulabilmesi için zorunlu bir şart olarak kabul edilmemektedir[45]. Benzer şekilde, takip borçlusunun üçüncü bir kişideki alacak hakkı usûlüne uygun bir şekilde haczedilirse, ilgili alacak hakkının teminatı olan ipotek hakkının korunması için alacağın haczedildiğinin tapu sicilinin düşünceler

kaldırılmasını talep ettiği, icra müdürlüğünce talebinin reddine karar verildiği, şikayet üzerine icra mahkemesinin şikayetin reddine karar verildiği anlaşılmıştır. Yukarıda özetlenen dosya kapsamında, borçlunun üçüncü kişiyle yaptığı alacağın devri sözleşmesi ile alacağın temlik edildiği, bu durumda, temlik alınan kısım kadar ipotek hakkının da TBK'nun 189. maddesinde yer alan emredici düzenleme gereğince temlik alacaklısına geçeceği tabii olup, kanunun emredici hükmü gereğince alacağın devri ile bağlı haklardan olan ipotek hakkının da intikal edeceği gerçeği karşısında, mahkemenin, alacağın temliki ile birlikte ipoteğin devrinin geçerli olabilmesi için tapu siciline tescilinin gerekli olduğu yönündeki gerekçesi yerinde değildir. O halde mahkemece, şikayetin kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile istemin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir." 12. HD, 17.04.2017, 14201/5881 <https://www.lexpera.com.tr> s.e.t. 21.02.2019.

43 Bkz. yuk. dn. 12.

44 Alman hukukunda konuyla ilgili açık kanunî düzenlemeler mevcuttur (ZPO § 830 vd). İcra hukukuna ilişkin söz konusu düzenlemeler, Alman Medeni Kanunu'nun 1153. paragrafında alacak hakkının ipotek devredilmeksizin veya ipoteğin alacak devredilmeksizin tek başlarına devredilemeyeceğine ilişkin açık kanunî yasakla uyum içerisindedir. Bu konuda bkz. **Musielak/Voit/Becker,** § 830, Rdnr. 1 vd; **Kindl/Meller-Hannich/Wolf,** § 830, Rdnr. 1 vd; **BeckOK ZPO/*Riedel,*** § 830 Rdnr. 1.

45 Tapu Sicili Tüzüğü'nün 31. maddesi sadece bir düzen kuralı olduğundan aksine davranış devrin geçerliliğini etkilemeyecektir (**Aktepe,** s. 182; **Ayan,** s. 159, 219). Bu şekilde, ipotek hakkının alacağı devralana geçmesi için bu hususun tapu siciline tescil edilmesinin şart olmadığı ve ipoteğin de alacak hakkıyla beraber devralana geçtiği kabul edilmektedir. Bkz. **Acar,** s. 11; **Nomer/Ergüne,** s. 47; **Özçelik, s.** 172.

sütununda belirtilmesi uygun olabilir. Kanaatimizce, Tapu Sicili Tüzüğü'nün 31. maddesinde sınırlayıcı bir ifadenin tercih edilmemiş olması, özellikle alacağın devri ve *benzeri* işlemlerin düşünceler sütununda belirtilebileceğinin düzenlenmiş olması kapsamında böyle bir haciz işleminin bildirilmesi mümkün olmalıdır. Ancak bu işlem, alacak hakkının haczinin geçerli olması ve bu çerçevede paraya çevirme aşamasında alacak hakkının teminatı olan ipoteğe başvurulabilmesi için zorunlu bir işlem olarak kabul edilemez. Böyle bir uygulama hem ipotek hakkının tek başına haczinin, haczedilebilir haklara ilişkin genel kurallara aykırı sonuçlarını ortadan kaldıracak hem ipoteğin niteliğiyle uyumlu olacak hem de takip alacaklıların haczedilen alacağın teminatlarına başvurabilme imkânlarını açıklığa kavuşturabilecektir.

SONUÇ

İcra hukukunda haciz kurumuyla borçlunun malvarlığı değerlerine hukuken el konularak alacaklının belirli bir para alacağına kavuşması amaçlanır. Haczedilen mal ve haklar, paraya çevirmeye ilişkin kurallar uyarınca satılarak elde edilen değer alacağına karşılık olarak alacaklıya ödenir. İcra hukuku sistemimiz, alacaklının alacağına kavuşması amacı yanında borçlunun topluma muhtaç hâle gelmesini engelleme, sosyal ve ekonomik varlığını devam ettirebilme amacına hizmet etmektedir. Bu nedenle, çeşitli kanunlarda ve özellikle İcra ve İflâs Kanun'unda borçlunun birtakım mal ve haklarının haczedilemez olduğu düzenlenmiştir.

Haczi caiz olmayan mal ve haklara ilişkin açık kanunî düzenlemeler haricinde, icra hukukunun ve haciz kurumunun amacından hareketle maddî hukuka göre devri mümkün olmayan, maddî bir değeri olmayan veya değeri satış ve paylaştırma giderlerini dahi karşılayamayacak malların haczedilemeyeceği kabul görmektedir. Bu durum, haczedilmezliğe ilişkin kanunî düzenlemeler haricinde, genel olarak borçlunun bütün malvarlığı değerleri için geçerli olan bir ilkedir. Örneğin devri kabil olmayan bir mal veya hak üçüncü bir kişiye devredilemeyeceği için paraya çevirme aşamasında satışı mümkün olamayacak ve neticede parasal bir gelirin elde edilerek alacaklıya ödenmesi amacına ulaşılamayacaktır.

Bu kapsamda borçlunun üçüncü bir kişiden olan belirli bir alacağının teminatı olarak gösterilen ipotek hakkı, maddî hukukta geçerli olan ilkeler gereği tek başına haciz ve paraya çevirme işlemlerine tâbi tutulamamalıdır. Zira ipotek hakkının, teminat altına alınan alacaktan bağımsız olarak tedavül kabiliyeti yoktur; bu hak, sadece teminatını oluşturduğu alacak hakkıyla birlikte işlemlere konu edilebilir. Keza aynı şekilde, ipotekle teminat altına alınan alacak hakkını devralan üçüncü kişiler de özel olarak ipotek hakkıyla ilgili tapuda herhangi bir işleme ihtiyaç olmaksızın (ve hatta bu husus diğer fer'î teminatlar için de geçerlidir) ipotek hakkına başvurabilme hakkına sahiptirler. Bu nedenlerle, icra hukuku çerçevesinde de borçlunun üçüncü kişiden olan alacağı haczedilmeksizin bizatihi bu alacağın teminatı olarak tapudaki ipotek hakkının haczi kabul edilmemelidir. Borçlunun üçüncü kişilerdeki alacak hakkının haczi çerçevesinde yapılacak işlemler neticesinde yetkilendirilen takip alacaklıları veya alacağı icradan devralan üçüncü kişiler, bu alacağın tahsil edilmesi sürecinde zaten ilgili ipotek hakkına da başvurma haklarına sahiptirler. Diğer bir ifadeyle, ipotek hakkının asıl alacaktan bağımsız olarak haczi ne caizdir ne de gereklidir. Asıl alacağın haczedilmesi hâlinde, bu alacağın paraya çevrilmesi aşamasında zaten alacağın teminatı olan ipoteğin paraya çevrilmesi mümkündür.

KAYNAKÇA

Acar, Faruk (2015) Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul, Vedat.

Akipek, Jale G. (1974) Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar), Üçüncü Kitap Mahdut Aynî Haklar, Ankara, Sevinç.

Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut (2009) Eşya Hukuku, İstanbul, Beta.

Aktepe, Sezin (2007) 'İpoteğin Alacağa Bağlı Hak Olması ve Diğer Özellikleri' İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S:12, s. 177-193.

Altay, Sümer/Eskiocak, Ali (2007) Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Rehni, İstanbul, Vedat.

Ansay, Sabri Şakir (1954) Hukuk İcra ve İflâs Usulleri, 3. Baskı, Ankara, Yeni Cezaevi.

Ayan, Mehmet (2017) Eşya Hukuku III Sınırlı Aynî Haklar, 8. Baskı, Ankara, Seçkin.

Aybay, Aydın/Hatemi, Hüseyin (2012) Eşya Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, Vedat.

Ayiter, Nuşin (1977) Eşya Hukuku, Ankara, Sevinç.

Balkan, Yavuz (2009) Haczedilmezlik ve Benzer Müesseseler, Ankara, Seçkin.

Barlas, Nami (2003) 'Yeni Medenî Kanunun Aynî Teminatlara İlişkin Düzenlemeleri', Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C:2, İstanbul, Beta, s. 569-588.

Belgesay, Mustafa Reşit (1948) İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, 2. Baskı, İstanbul, Cumhuriyet.

Berkin, Necmeddin M. (1957) 'Haczi Caiz Olmayan Eşya ve Alacaklar', İstanbul Barosu Dergisi, C:31, S:5.

Bertan, Suad (1976) Aynî Haklar, C:2, Ankara, Balkan.

Budak, Ali Cem (2010) İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, 3. Baskı, İstanbul, Oniki Levha.

Bulut, Uğur (2013) İcra Hukukunda Ödeme Yerine Alacakların Devri (İİK m. 120), Ankara, Adalet.

Çetiner, Bilgehan (2016) 'Geniş Kapsamlı Teminat Amacı Açıklamalarının Geçerliliği Sorunu', Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:22, S:3, s. 803-826.

Çetiner, Bilgehan (2015) Taşınmaz Teminatı, İstanbul, Filiz.

Dişel, Buse (2014) İcra Hukukunda Takip Arkadaşlığı, İstanbul, Oniki Levha.

Erel, Şafak N. (1982) Eşyaya Bağlı Borç, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi.

Ernst, Wolfgang/Zogg, Samuel 'Die Grundpfandverschreibung': Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas (Editörler) (2011) Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 2. Auflage, Basel, Helbing & Lichtenhahn.

Esener, Turhan/Güven, Kudret (2015) Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Yetkin.

Gödde, Walter (1980) Grundpfandrechte, Wiesbaden, Springer.

Gürsoy, Kemal T./Eren, Fikret/Cansel, Erol (1984) Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

Karslı, Abdurrahim (2014) İcra Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, İstanbul, Filiz.

Kindl, Johann/Meller-Hannich, Caroline/Wolf, Hans-Joachim (2015) Zwangsvollstreckung Handkommentar, 3. Auflage, Baden-Baden, Nomos.

Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim (1982) Sınırlı Aynî Haklar, 2. Baskı, İstanbul, Fakülteler.

Kren Kostkiewicz, Jolanta (2014) Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 2. Auflage, Genf, Schulthess.

Kren Kostkiewicz, Jolanta 'Unpfändbare Vermögenswerte' : Hunkeler, Daniel (Editör) (2014) Kurzkommentar SchKG, 2. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn.

Kuntalp, Erden (1995) 'Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk', Reha Poroy'a Armağan, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s. 263-299.

Kuru, Baki (1988) İcra ve İflâs Hukuku, C:1, 3. Baskı, İstanbul, Alfa.

Kuru, Baki (1993) İcra ve İflâs Hukuku, C:3, 3. Baskı, İstanbul, Alfa.

Kuru, Baki (2013) İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara, Adalet.

Kuru, Baki (1962) 'Haczi Caiz Olmayan Şeyler', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:19, S:1-4, s. 277-326.

Lüke, Wolfgang (2018) Sachenrecht, 4. Auflage, München, C.H.Beck.

Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang/Becker, Udo (2018) Zivilprozessordnung, 15. Auflage, München, Vahlen.

Muşul, Timuçin (2015) İcra ve İflâs Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Adalet.

Muşul, Timuçin (2013) İcra ve İflâs Hukuku, C:1, 6. Baskı, Ankara, Adalet.

Nomer, Haluk Nami/Ergüne, Mehmet Serkan (2016) Eşya Hukuku, C: II Rehin Hukuku, İstanbul, Oniki Levha.

Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe (2018) Eşya Hukuku, 21. Baskı, İstanbul, Filiz.

Özbay, İbrahim (2005) 'İcra ve İflâs Hukukumuzda Haczedilmezlikten Feragat' Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:9, S:1-2, 543-567.

Özçelik, Ş. Barış (2017) 'İpoteğin Alacağa Bağlılığı', Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C:33, S:4, s. 157-188.

Özen, Burak (2017) Kefalet Sözleşmesi, 4. Baskı, İstanbul, Vedat.

Özen, Burak (2008) Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul, Vedat.

Özekes, Muhammet (2009) İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara, Adalet.

Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet (2011) İcra ve İflâs Hukuku, 9. Bası, Ankara, Yetkin.

Postacıoğlu, İlhan E./Altay, Sümer (2010) İcra Hukuku Esasları, 5. Baskı, İstanbul, Vedat.

Saymen, Ferit H./Elbir, Halid K. (1954) Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar), İstanbul, Akgün.

Schmid, Jörg/Hürlimann-Kaup, Bettina (2012) Sachenrecht, 4. Auflage, Zürich-Basel-Genf, Schulthess.

Serozan, Rona (2006) 'Taşınmaz Rehni', İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:64, S:2, s. 301-324.

Sirmen, A. Lâle (2018) Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Yetkin.

Sirmen, Lale (2006) 'İpotekli Alacağın Devredilmesi ile İlgili Bazı Sorunlar', Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXII, 15 Aralık 2006, s. 213-223.

Spühler, Karl (2014) Shuldbetreibungs- und Konkursrecht, 6. Auflage, Genf, Schulthess.

Studer, Josef/Zöbeli, Markus (2015) Shuldbetreibungs- und Konkursrecht, 4. Auflage, Freiburg, Orell Füssli.

Şeker, Hilmi (2008) 'Sürdürülebilir Yaşam, Sağlıklı Yaşlanma ve Haczedilmezlik', Legal Hukuk Dergisi, C:6, S:70, s. 3379-3392.

Şener, Yavuz Selim (2010) Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması, 3. Baskı, Ankara, Adalet.

Tekinay, Selâhattin Sulhi (1994) Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar, İstanbul, Filiz.

Ulukapı, Ömer (1995) 'Haczedilmezlik ve Haczedilmezliğin '4046 Sayılı Özelleştirme Kanunu' Kapsamındaki Uygulaması', Banka ve Ticaret Hukuk Dergisi, C:18, S: 1-2, s. 137-150.

Uyar, Talih (1974) 'Haczi Caiz Olmıyan Mallar ve Haklar', Recaî Seçkin'e Armağan, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

Uyar, Talih (1990) İcra Hukukunda Haciz, 2. Baskı, Manisa, Feryal.

Ünlütepe, Mustafa (2012) 'Banka Teminat Mektubundan Doğan Alacağın Devri ve Haczi' İstanbul Barosu Dergisi, C:86, S:3, s. 181-200.

Ünlütepe, Mustafa (2012) 'İpoteğin Alacak Hakkı Bakımından Kapsamı', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:102, s. 173-218.

Üstündağ, Saim (2004) İcra Hukukunun Esasları, 8. Baskı, İstanbul.

Sav, Atilâ (1967) 'Banka Teminat Mektuplarının Haczi', Ankara Barosu Dergisi, S:1, s. 48-50.

Vonder Mühll, Georges 'Unpfändbare Vermögenswerte' : Staehelin, Adrian/Bauer, Thomas/Staehelin, Daniel (Editörler) (2010) Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 2. Auflage, Basel, Helbing & Lichtenhahn.

Vorwerk, Volkert/Wolf, Christian (2018) BeckOK ZPO, 31. Auflage, München, C.H.Beck (BeckOK ZPO/*Yazar*).

Wieland, Carl Albert (1909) Das Sachenrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuchs, Zürich, Schulthess (Çeviren: Karafaki, İ. Hakkı (1946) Aynî Haklar, Ankara, Yeni Cezaevi).

Winkler, Thomas 'Fortsetzung der Betreibung' : Hunkeler, Daniel (Editör) (2014) Kurzkommentar SchKG, 2. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn.

Wolf, Manfred/Wellenhofer, Marina (2018) Sachenrecht, 33. Auflage, München, C.H.Beck.

Yıldırım, M. Kâmil/Deren-Yıldırım, Nevhis (2012) İcra Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Beta.

Zeren, Yıldırım (1966) 'Banka Teminat Mektuplarının Hukukî Mahiyeti ve Hacizlerinin Caiz Olup Olmadığı Meselesi', Ankara Barosu Dergisi, S:5, s. 869-871.

NUCLEAR ENERGY AND INSURANCE PROBLEMATIC OF TURKEY

Dr. Öğr. Üyesi Serdar DEMİRCİ[*]

ABSTRACT

Continuous increase of the energy prices due to the political changes across the world, fossil fuels that are quite expensive to be manufactured going soon to be extinct, the presence of foreign-source dependency, as well as the environmental effects make it a must to detect alternative energy sources, thus utilizing these sources as productive as possible, in today's world. Cheaper and cleaner energy production, which is one of the fundamental problems of economic and social life, leads countries to reconsider their energy policies. At this point in Turkey, certain concrete steps have been recently taken concerning the nuclear energy policies, which have been tried to be put into practise for about 50 years, and the construction phase was initiated for two nuclear power stations. It is aimed at activating first nuclear power station Akkuyu in 2023.

These concrete developments make it a must to regulate various regulations in terms of liability law and insurance law, as well. Within this context, the international regime concerning the liability law and the Paris Convention, to which Turkey is a party, draw a general frame, and here in this study the manner how the liability area is to be subjected to the insurance is discussed.

Keywords: Turkey, Nuclear Energy, Insurance, Nuclear Insurance.

[*] PhD, Inonu University Faculty of Law, serdardemirci06@yahoo.com, ORCID ID: 0000-0001-6450-9824; (Geliş Tarihi: 26.12.2018 – Kabul Tarihi: 03.03.2019)

TÜRKİYE'NİN NÜKLEER ENERJİ VE SİGORTA SORUNSALI

ÖZET

Dünyadaki politik gelişmelere bağlı olarak enerji fiyatlarının sürekli artması, üretimi oldukça pahalı olan fosil yakıtların belirli bir süre sonra bitecek olması, dışa bağımlılığın varlığı ve çevresel etkiler sebebiyle alternatif enerji kaynaklarının tespit edilerek bu kaynaklardan yüksek verimle faydalanılması günümüzde adeta bir zorunluluk haline gelmiştir. Ekonomik ve sosyal hayatın temel sorunları arasında yerini alan daha ucuz ve temiz enerji üretimi, ülkeleri enerji politikalarını yeniden gözden geçirmeye yöneltmektedir. Bu noktada yaklaşık 50 yıldır hayata geçirilmeye çalışan nükleer enerji politikalarına ilişkin yakın geçmişte somut adımlar atılmış ve iki nükleer santralin yapım aşamasına geçilmiştir. 2023 yılında ilk nükleer santralimiz Akkuyunun aktif hale getirilmesi hedeflenmektedir.

Bahse konu somut gelişmeler, beraberinde hem sorumluluk hukuku hem de sigorta hukuku açısından muhtelif yasal düzenlemelerin yapılmasını gerekli kılmaktadır. Bu bağlamda, sorumluluk hukukuna ilişkin uluslararası rejim ile ülkemizin taraf olduğu Paris Sözleşmesi genel bir çerçeve çizmekle birlikte, sınırları belirlenmiş olan sorumluluk alanının ne şekilde sigortaya dahil edileceği, çalışma genelinde tartışmaya konu edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Türkiye, Nükleer Enerji, Sigorta, Nükleer Sigorta.

INTRODUCTION

The legal liability of the person running a nuclear facility has been regulated in domestic laws of many countries as a liability of risks. However, along with the one who runs the facility, the liabilities of the individuals working in such areas in the nuclear facilities as investment, construction, material provision, transportation and services in order for the activities of nuclear facilities to be maintained can be brough to agenda, in case of a nuclear accident. Therefore, it is of vital importance to establish a fair compensation system for the fulfillment of liability regime and the liability itself established on a solid legal ground and affective and fast administrative structure in order to identify the liabilities and liables evolving out of a nuclear event.

Against all of these challenges, the facility and liability insurance on the area of nuclear energy will securitize the investments made by the operator, while preventing the financial collapse that the operators may economically fall into along with those who may be hold liable. By this means, the violation of public benefits will be prevented by ensuring a prominent guarantee concerning the compensation for the losses&damages suffered by the injured parties. Besides, this insurance will have posses the characteristics of a solution mechanism boosting the nuclear energy industry and insurance market, as well. For this process, the liability regime and insurance concerning the area of nuclear energy appear before Turkey as a new area, of which boundaries are to be set. At the point where this requirement is deemed as a must to be met, the subject matter of nuclear liability is discussed touching on the current stage of Turkey and the liability regime regulated within the scope of international conventions to which many of European Union (EU) countries are a party on the area of nuclear energy, and we will also try to deeply analyze the nuclear liability insurance through an approach to international case examples in order to make suggestions for Turkey, in this paper.

I- NUCLEAR LIABILITY REGIME

A- OVERVIEW

The losses evolving out of nuclear accidents, the excessive number of victims, excessive coverage area of the damages, the challenges for justification due to the fact that the damages emergy after a long time, cause more problems at the point of identifying those liable from the accident, as well as the root cause[1]. Applying the rules and principles that are traditionally applied concerning the tort law at the area of nuclear liability remains incapable with regards to regulating a fair liability and compensation regime. Therefore, in today's world there is a special international liability regime adopted by many EU member countries and many international organizations, which is also reflected to the domestic laws of many industrialized countries, in the area of nuclear liability[2].

B- NUCLEAR LIABILITY REGIME WITHIN THE SCOPE OF INTERNATIONAL CONVENTIONS

Since the countries do not possess the capacity to solve the problems concerning the liabilities of the third party in the area of nuclear energy with their domestic laws and codes, a special regime is required to be constituted for this matter. As a matter of fact, so many liable parties may come up in the event of nuclear accidents, and those suffering from these accidents face many challenges while applying to those liable for compensation. In addition to this, those liable having unlimited liabilities without a complete insurance coverage brings into another question. Concerning the solution of these problems, in order to establish the frame of an effective compensation system in case of nuclear accidents,

---

1 **OECD** (1994), Liability and Compensation For Nuclear Damage, An International Overview, Paris, p.9; **Pelzer, Norbert** (2010) "Main Features of the Revised International Regime Governing Nuclear Liabilty-Progress and Standstill" International Nuclear Law: History, Evolution and Outlook, 10 thAnniversary of the International School of Nuclear Law, OECD NEA No:6934, p.355.

2 **Schwartz, A. Julia** (2010), "Liability and Compensation for Third Party Damage resulting from a Nuclear Incident" International Nuclear Law: History, Evolution and Outlook, 10 th Anniversary of the International school of nuclear law, OECD NEA No:6934, p.307-308.

to constitute a legal regime in order to develop nuclear safety, and to create a suitable environment for the development of nuclear industry based on the above stated facts, the international nuclear legal liability conventions became a current issue. Thanks to these conventions, an international regime was formed intending to keep the nuclear industry alive and to maintain the balance between the destructive compensation claims and the public benefits with the policies with regards to the compensations for the injured victims in a nuclear accident[3].

There are essentially two basic international conventions concerning the legal liability of a nuclear energy station operator. These are the *Paris Convention dated as 29th July 1960 Concerning The Legal Liability Of Third Parties In The Area Of Nuclear Energy*, which was entered into by contracting states (most of them are Western European Countries) under the auspices of OECD in order to form an effective compensation mechanism, and the *Vienna Convention dated as 21st May 1963 Concerning The Legal Liability Against Nuclear Damages*, entered into for forming an international regime under the sponsorship of IAEA (International Atomic Energy Agency) within the scope of the main principles of Paris Convention[4].

The Paris Conventions bears the qualification of being comperatively more regional, while the Vienna Convention was intended for creating a larger system[5].

The third party nuclear liability and compensation regime as regulated in both of these international conventions base on the following essential principles[6].

---

[3] **Schwartz,** p.314.

[4] **Mohan, Ram** (2015), Nuclear Energy and Liability in South Asia, Institutions, Legal Frameworks and Risk Assessment within SAARC, New Delhi, Springer, p.3.

[5] **Nocera, Fabrizio** (2005), The Legal Regime of Nuclear Energy, A Comprehensive Guide to International And European Law, Antwerpen-Oxford, p.411; **Charreton, Pierre** (2014), "Towards a Necessary Optimization of the Nuclear Liability Regimes", Nuclear Law in Progress, Congress-Buenos Aires, INLA, p.655.

[6] **Thomas, Anthony/Heffron J. Raphael** (2012), Third Party Nuclear Liabilty: The Case of a Supplier in the UK, University of Cambridge. <http://www.econ.cam.ac.uk/research-files/repec/cam/pdf/cwpe1207.pdf> l.a.d. 17/09/2018, p.3; **Pelzer** (2010), p.357; **Mohan**, p.5; **Pelzer, Nobert** (1999), "Focus on

- The strictly liability of the person running nuclear facility,
- Directing the liability to the person running the facility,
- Limiting the liability of the person running the facility in terms of time,
- Limiting the liability of the person running the facility in terms of volume,
- Ensuring a financial guarantee as equal to the liability of the person running the facility,
- The state courts that are party to the convention, where the nuclear accident occurred, to have the exclusive judiciary power,
- Enforcement of applicable and supplementary national law and conventions without any exception based on place of residence, the residential area and nationality.

The person to be held liable for damages occurring in case of a nuclear accident is recognized as the one running the facility in both conventions. The liability was canalized to the person running the nuclear facility in order to support the nuclear industry, and in order not to confront other actors in this area with the liability threat and risk of financial collapse[7]. The person running the nuclear facility, in which the nuclear

The Future of Nuclear Liabilty Law, Reform of Civil Nuclear Liability", Budapest Symposium, OECD NEA Publications, p.426; **Kolehmainen, Heikki** (1999), "The Modernisation of the Internetional Nuclear Third Party Liability Regime-Does Exclusive Liability still Make Sense?", Budapest Symposium 1999, OECD NEA Publications, p.456 et al.

[7] Where the liability is required to be directed, there are two approaches named as "legal direction" and "economical direction". The first one, as stated in the conventions, is based on the principle that the liability is laid on the operator but anyone. In general, while the economical approach, adopted within the scope of Price Anderson Act in America, lays the legal liability on a person like the supplier or the institution, the legal consequences of the liability as economical matters are attributed to the operator, as well. **Burns, G. Stephen/Vasquez-Maignan, Ximena** (2014), "Progress Towards A Global Nuclear Liabilty Regime", Nuclear Law in Progress, Congress-Buenos Aires, INLA, p.639-640; **Trevor, J.P.H** (1969),"Principles of Civil Liability for Nuclear Damage", Nuclear Law for a Developing World, Vienna, IAEA, p.110 et al.
Canalization of the liability to the operator make it easier for the victims to find a drawee concerning the accident, thus making the suppliers, as a part of the industry, include in the system as financially secured. **Pelzer** (1999), p.478.

accident occurs or the nuclear particle is transported is held liable without any condition for faults. Within this context, the liability of the person running the facility, on which a nuclear accident occurs or a nuclear particle is transported is called as *strict liability*. The person running the facility is also provided with the opportunity for immunity evidence. Having no escape evidence is an indication that the liability laid on the person running the facility is the hazard liability[8]. Unlike the tort actions, there are two main reasons why the person running the facility is the only one held liable. First of all, it is aimed at preventing the complicated long lasting set off and compensating the victims for their losses[9] by creating a situation where the person running the facility is specifically held responsible. Additionally, since this will be a basis for eliminating the liability to take out policies, expect for the person running the facility, it is also aimed at eliminating the problems, which may be faced concerning the financial security and insurance coverage. As a result of holding the person running the facility as liable, those who are the injured parties of the nuclear accident do not have to prove the negligence or failure of the person running the facility. It will be enough for the victims to prove the root cause between the nuclear damage and nuclear accident. On the other hand, in the event that the nuclear damage is caused by a direct armed conflict, invasion, civil war, uprising or a calamitous natural disaster, there are some special exceptions where the person running the facility can be immunised from its liabilities based on certain reasons that are not immunity evidence, yet breaking the root cause[10].

Certain special limits set forth in terms of the compensation amount and time, for which the person running the nuclear facility is held liable on international conventions Today; the strict liability is

---

8 **Güneysu, Gülin** (1989), "Legal Liability Evolving Out of The Damages Caused by Nuclear Reactors", Ankara University-Law School Journal, 1989-1990, Volume 41, Issue 1-4, p.208.

9 **Déri, Kataalin** (1999),"Insurance Agreement Covering the Paks NPP", Reform of Civil Nucelar Liability, Budapest Symposium 1999, Nuclear Energy Agency, p.400.

10 **Saxena, Vaibhav** (2014), "Nuclear Liability, New Dimensions and Emerging Trends, Nuclear Law in Progress", Congress-Buenos Aires INLA, p.683; **Thomas/Heffron**, p.36; **Schwartz**, p.310-311.

adopted in such countries as Germany, Japan, Switzerland, and provided the damages are limited to the boundaries of its own country, Finland[11].

While it is the liable one to compensate all the damages within the scope of traditional tort provisions, a limit is brought into the liability amount of the person running the facility, against the destructive compensation claims in the area of nuclear liability[12]. In general, it is tried to determine this amount that the insurance coverage secured by the person running the facility as financial security corresponds with the amount that can be paid by the insurance market. This limitation is recognized as a matter, which needs to be undertaken by the victims of the accident, due to the fact that it is only the operator that is strictly held liable, in terms of "quid pro quo"[13]. For the compensation claims exceeding this amount, other solution mechanisms like public funds can be used[14].

Limiting the liability in terms of time is of importance for the defendant person running the facility, the insurer of this person or other financial guarantors. Yet, the insurers do not intend to reserve any funds for a long time concerning the expired policies. Just like the amount-aspect, the limitation for the time is determined based on the maximum guarantee period that can be granted by the insurers in accordance with the insurance market's own dynamics. This period is generally limited as 10 years starting from the date of nuclear accident[15]. Where the causal relation of compensation claims for the damages evolving out of the cancer cases due to the radiation 20, 25 even 30 years after the nuclear accidents is settled[16], the insurance companies face with some serious problems[17].

In this regime as internationally adopted, for the liability of the person running the nuclear facility against third parties to be secured, it

---

11 **Burns/Vasquez-Maignan,** p.640.

12 **Trevor,** p.111.

13 **Schwartz,** p.313.

14 **Thomas/Heffron**, s.36; **Pelzer,** (1999) p.433 and 439 et al.

15 **Trevor**, p.112.

16 **Cavers, David F**. (1964), "Nuclear Energy, Tort Liability and Financial Protection", Nuclear Energy, Public Policy and The Law, New York University School of Law, p.63.

17 **Schwartz**, p.313; **Saxena**, p.683; **Pelzer** (1999), p.430.

is required for the liability of the person running the facility is financially secured. Even if this security often appears as insurance coverage, the bank guarantee, operator pool system, self-insurance[18] and even a guarantee or security granted by the state where the nuclear facility is located can meet this financial guarantee requirement.

The scope of financial guarantee, as above stated, is determined based on the guarantee conditions to be provided by the insurance market in terms of money. Within this context, the guarantee amount as subjected to domestic law and as projected by the international regime must be evaluated as independent from the insurance market int erms of money and time, and also from the premium amount that can be paid by the operators. Although still the the nuclear insurance market is far beyond the limits settled about 50 years ago, the guarantee amount granted today is still behind the needs of nuclear energy industry. In many circumstances, the financial guarantee limits are mostly determined by the state where the nuclear facility is active within the limits as set forth by the international conventions, the local companies often apply for the application of pool mechanism in order to reach the maximum guarantee amount, thus trying to make a balance through this manner.

The court that has the judiciary power within the scope of international conventions is recognized as the contracting state court where the nuclear accident occurs and where the liable operator is active. Therefore, the other contracting state courts as a party to the convention will refuse the lawsuits, thus recognizing the decisions to be made by the competent state court. Thanks to this principle, all compensations claims will be evaluated under a single judicial authority, thus preventing the forfeitures due to the applications made on different court on different dates.

Where the applicable law is to be determined, the laws enforced by the member state court having the judiciary power were recognized. It was taken as basis that the contractual provisions and supplementary national laws are to be enforced without any discrimination based on dwelling area, place of residence and nationality. The objective of this is to

[18] **Schwartz**, p.312.

eliminate any possible legal contradiction concerning the determination of applicable law.

As in all the other principles mentioned, the authorized court and the applicable principles that are legally valid, possess the capacity to be applied with regards to the convention member states, only[19].

In the area of nuclear liability law, the western countries that possess well-developed nuclear industries lead to the process of forming the international regime. Additionally, the efficiency of such international mechanism is deeply connected with the international insurance market to unite their sources with coinsurance and reinsurance mechanisms, as well as forming an extended financial guarantee mechanism[20]. However the efficiency of the conventions mentioned in time has unfortunately started to be approached with suspicion. Yet, keeping most of the countries having the required capacity for nuclear energy production out of these conventions[21], national legislation of many countries starting to differ from the principles and bases as set forth in the conventions, and the changes in the industrial structures of the countries led an increase in the discussions concerning the canalization of the liability, the problems on the compensation system concerning whether the liability is to be limited, or not, as well as the concerns regarding the inefficiency of this regime. As a consequence of these developments, both Paris and Vienna conventions have been revized with supplementary and mutual protocols in different dates[22].

C- THE EVALUATION OF NUCLEAR LIABILITY REGIME AS SPECIFIC TO EUROPEAN UNION

Despite the fact that the European Union has an extended legal infrastructure particularly for the safety of nuclear facilities, it still sweats over the harmonization of legal structure concerning the nuclear liability regime in different characteristics that are valid in member states.

---

19 **Thomas/Heffron**, p. 36; **Saxena**, p.683; **Schwartz,** p. 314-315 and p.321.

20 **Saxena,** p. 683; **Schwartz,** p.314-315.

21 Yet, many countries like USA and Japan, whose energy production is mainly based on nuclear industry is not a member to these conventions. See: **Nocera**, p.411.

22 **Mohan**, p.4.

There is also a structuring divided correspondingly to the international regulations in EU. Notwithstanding that various conventional regimes and protocols have been confirmed in 23 member states[23]; Austria, Cyprus, Malta, Ireland and Luxemburg apply their own domestic legal rules for nuclear liability, as the countries that are not party to the convention. Therefore, it does not seem possible for the United European Nuclear Liability Regime to be applied.

As above stated, even if the nuclear liability regime as agreed upon via the international regulations are based on the mutual principles and rules, the nuclear liability regimes of 23 member states do not fully correspond with each other, due to the differences in Paris and Vienna Conventions. This constitutes an impediment for the domestic market of European Union to function efficiently. Other than that, as a result of member states are subjected to different conventions within the scope of the Convention Concerning The Functioning Of European Union, taking different decisions based on the citizenship among the European Union citizens will constitute inconsistency in the EU Law[24].

The liability evolving out of the nuclear damages in countries that are not party to the Conventions will be determined in accordance with these countries' national law, while the procedural law will be determined as per the other judicial decisions and Brussels Regulation. The regulation no.: 44/2001 dated as 22nd December 2000 provides a satisfactory protection for the victims, even a more comprehensive one compared to

[23] 13 out of 23 countries in the international regime is not a party to the Paris Convention-1960, while 11 of these does not recognize the system projected by Brussels Supplementary Contract-1963. 10 members were integrated in Vienna Convention-1963, while 3 of these were integrated in Vienna Protocol-1997. While 18 member countries signed the Mutual Protocol, other 5 member countries that are a party to Paris Convention did not confirm the Mutual Protocol. While various liability limitations are accepted in 19 member countries, the strict liability principle prevails in 10 countries. While the minimum financial liability amounts differ from each other in 19 countries, there is no minimum liability amount in 9 member countries. See: **Gabartas, Herkus** (2014), "The Challenges for Co-Existence and Harmonization of Different Nuclear Liability Regimes In The European Union", Nuclear Law in Progress, Congress-Buenos Aires INLA, p.767.

[24] For the resolutions and detailed information concerning Court of Justice of European Union on this matter see: **Gabartas**, p.769.

Paris and Vienna Conventions. The forum shopping rule within this regulation grants the victims to make a choice between the state courts where the accident or the damage occurs. However, this situation will lead a problem where the lawsuit brought in by the prosecutor victim in its own country, which is not a party to any convention, is enforced in the country where the person running the facility inhabits. Within this scope, the opposing view arguing that the judiciary power of each country is based on the public order express the thought that certain decisions taken in a non-EU country that are recognized in certain EU member countries, while not recognized in the country of the defendant running the facility will not be accurate within the scope the above stated Regulation and EU basic principles. In this context, the Court of Justice of the European Communities are expected to resolve this matter as soon as possible taking the interest of the parties into consideration[25].

Since the presence of an absolute regime does not seem possible globally, it is recognized as the primary objective to ensure the regional harmonization within the Union. Within this objective in mind, three separate study groups were formed by Expert Group on Nuclear Liability (INLEX) within the Union[26] in order for the evaluation of the compensation claims, as well as working on insurance amount, capacity and international conventions[27]. As a result of the evaluations and designations, INLEX made certain recommendations that the member states are to confirm the protocols as revisions as immediate as possible; that the countries that are not party to any convention are to be included in the system; that the required steps are to be taken in accordance with Euratom Agreement and relevant directives; and that the road map is to be strictly followed[28].

Considering the current situation, even though the regional nuclear liability regimes generate a shattered structure, we think that there

---

25 **Gabartas**, p.774 et al.

26 For detailed information on INLEX see <https://ola.iaea.org/ola/inlex-group.html> l.a.d. 16.03.2017.

27 **Beyens, Marc** (2014), "The EU Tentative to Harmonise Nuclear Liability Amaong The EU Memeber States", Nuclear Law in Progress, Congress-Buenos Aires INLA, p.663.

28 **Gabartas,** p.783 et al.

can be one more consistent and reasonable European nuclear liability system based on the global developments.

II- NUCLEAR INSURANCE

A- OVERVIEW

Insurance is a financial security providing the businesses exposed to an unexpected event or accident with the opportunity to go back their existing financial balance via risk transfer in terms of financial and commercial life aspects. However, the function of insurance is not limited to providing assurance by securitizing such risks as fire, natural disasters, loss of profit, third party liabilities, etc., which may affect the business life of the insured, thus compensating the damages of the victims. Hence, in terms of business organizations operating in certain areas like the nuclear industry, of which financial aspects may cause irrevocable consequences, the liability risk against third parties in case of a serious accident, and the financial loss in the business due to this accident, are in fact a nature that may deeply affect the whole branches of the industry, including that business organization. For this reason, it is a nonignorable fact that the insurance for nuclear energy is of vital importance for the development of nuclear industry. It would even be an accurate thought to say that the current situation of nuclear energy industry and international liability regime cannot develop as independent from the insurance sector[29].

The business organizations in the area of nuclear energy are unwilling to be active in the nuclear industry both in terms of the financial losses for the facilities, and concerning a financial security for their liabilities against third parties. Additionally, in countries where the governments do not get into the act in the area of nuclear industry, thus not providing any financial guarantee, the insurance does have a vital role in the designation and development of nuclear industry[30].

The nuclear insurance also has a determinant impact for the basic matters of nuclear liability law. Yet the liability limit is determined

[29] **Tetley, Mark**, "Nuclear Insurance, Yesterday, Today, Tomorrow", Nuclear Law in Progress, XII Congress-Buenos Aires, INLA, p.710.

[30] **OECD** (1994), p.29.

in accordance with the capacity of the insurance, while the time limit is determined as per the principles of insurance, as well. The reason for holding the person running the facility exclusively liable is that it is aimed to unite the current capacity in a single policy rather than being shared by the operator, supplier and the contractor based on the insurance technique[31].

Just like in the other insurance subject matters, the basic insurance principles and terms are valid in the area of nuclear insurance. However, particularly *reinsurance* and *underwriting process* for the approval of risk are of vital importance for the nuclear insurance.

B- NUCLEAR INSURANCE POOLS

It is quite important for the insurers that the risks to be undertaken are measurable and the liabilities are set within certain limits. The size of risk and the liability frame are the basic parameters for determining the compensation amount to be paid and the premium calculation[32].

Right at this point, the insurance pools[33] appear to us as one of the most critical instruments of insurance market, where there is not too many risks to be insured; where there is not enough knowledge consequences and size of the risk[34]; where the technical expertness is not satisfactory; above all, where there are full-scale risks that a single insurance company cannot handle in terms of its capacity for undertaking risks[35].

With the insurance pool, the insurers eliminate the situation of large financial losses and even bankruptcy, which they may confront in

---

31 **OECD** (1994), p.30.

32 **Quattrocchi, John L.** (1999), "Nuclear Liability Insurance in The United States: An Insurer's Pective", Reform of Civil Nucelar Liability, Budapest Symposium 1999, Nuclear Energy Agency, p.398.

33 **Ampovska Marja** (2017), "Nuclear Insurance Pools Worldwide: The Role in the Nuclear Law" Balkan Social Science Review 9, p.7.

34 **Tetley**, p.716.

35 **Reitsma, Sebastiaan M.S.**; " Nuclear Insurance Pools: World-wide Practice and Prospective", Swiss Nuclear Insurance Pool, See: <http://www.iaea.org/inis/collection/NCLCollectionStore/_Public/31/051/31051428.pdf, > p.715, l.a.d. 04.05.2017.

case of a single nuclear accident, and at the same time, they form a protection mechanism securing the financial benefits of those with the potential of experiencing nuclear risk thanks to the financial vastness they created.

The operation of the nuclear insurance pools is performed within the framework of the principles stated on pool management contract. Having a few operational differences, this system is based on the principle of uniting a large insurance capacity that is for nuclear risks and cannot be met by a single insurance company, and of transfering this risk to comparatively smaller elements within a community where many insurance companies appear[36]. However, each pool may have certain unique characteristics and methods based on the economic and social reasons or the market conditions[37]. For example; while in certain countries like England, USA, Brazil, Canada, Japan, Korea, South Africa, the pool draws up a direct contract and policy with the member and distribute the premium to the members after that, in many Continental Europe countries, the pool does not have the legal authority to finalize any transaction; a fronting company[38] draws up the contract on behalf of the pool, collects the premiums and deal with the compensation claims, in case of accidents.

C- THE GUARANTEE COVERAGE OF NUCLEAR INSURANCE POOLS

While almost all the nuclear insurance pools offer third party liability coverage, certain pools keep this coverage as extended for transportation and workers' compensation; and some other pools, in fact, offer coverage for the damage of properties (inter-facility) along with the liability insurance[39]. Some pools may even offer coverage for the construction and re-construction of the nuclear facility within the scope of construction/mounting all risk policies. Additionally, most lately it can be seen that some other coverages are provided as protecting the balance sheet of the nuclear operator or ensuring profit distribution factors.

---

36 <www.nuclearinsurance.com, ANI-Brouchure.pdf>, l.a.d. 04.05.2017.

37 **OECD** (1994), p.32.

38 **Milli Re T.A.Ş**. (2004), Annotated Dictionary for Insurance-Re-insurance terms, Istanbul, p. 122; **Reitsma**, p. 715.

39 **Reitsma**, p.717.

Even though the business organization that are covered are mostly limited to nuclear energy stations, there are also pools to offer coverages for nuclear fuel production facilities, research reactors, nuclear waste treatment facilities, reprocessing plants, nuclear waste facilities that are in the stage of being shutdown, and for the business organizations providing transportation for nuclear fuel and instruments. Some pools, of which number is quite low, offer coverage for radioisotopes and nuclides used in industrial, agricultural and medical areas, as well. Despite being evaluated within the same qualification level concerning the coverages offered against nuclear risks, certain risks that do not bears the qualification of a catastrophic event are kept out of the pool in many countries, and they are covered by individual insurance companies[40].

In terms of third party liability insurance, the coverage is generally shaped within the scope of the international regulations, on which the financial coverage is determined as to be undertaken by the operator to provide. Hence, it is recognized as a preliminary condition in many countries to provide an insurance coverage, for establishing a nuclear facility or going into action.

D- NUCLEAR INSURANCE POLICIES

Nuclear insurance policies are not that different from the other traditional insurances. The only difference is that it is regulated as per certain technical principles, which are required by the nuclear actions. Within this scope, the nuclear insurance policies can be regulated both in accordance with the liability law concerning the nuclear damage and the general principles, rules and legislation provisions as set forth by the domestic law concerning the insurance law.

The insurance policies for nuclear industry are presented under two main topics. The first one is an actual financial damage that may occur on the assets of the operator within the facility, or the damage on properties that, under certain circumstances, cover the income loss as well; and the second one is the third party liability coverage for the individuals and business organizations suffering from the damaged assets of the operator due to the accident other than the facility itself.

[40] **Reitsma**, p. 716.

1- Third Party Liability Coverage

In the policies offering liability coverage, the operator's liability against third parties concerning an accident occurring in its facility or during the transportation of a nuclear material is covered.

a- In Terms of Facility Accidents

The nuclear liability determining the subject matter of the policy, due to an accident occurring in the facility of the operator is determined in accordance with the domestic law regulations formed within the scope of the international conventions, provided it is a member, within the country where the nuclear facility is located; or directly with its own national legislation concerning the liability law of that country.

The contracts offering liability coverage are generally drawn up for one year, and the compensation payment is made depending on the consequences of the accident occurring in the period of time the contract is in force. In general, compensation payments can be made within 10 years after the accident occurs, or within 2 - 3 years after it is claimed.

The policy limits are generally set forth a bit higher than the legal liability amount, except for certain exceptions. Hence, the insurance policies offer coverage for the currency of the contract (generally one year) or for the operating life of the nuclear facility as in England, unlike the conventions determining the liability amount per accident, only. Due to this reason, it is aimed at ensuring the continuity of the missing insurance coverage with a replacement limit for the rest of contractual period, after the accident. On other words, it is not possible for the coverage to keep its extent automatically following the payment of compensation. Any compensation payment decreases the limit set forth in the policy. Therefore, it is ensured for each member company of the pool not to exceed the risk amount as undertaken within the financial period[41].

Considering the nature and size of the destruction occurring after a nuclear accident, it often cannot be easily determined whether it is a traditional damage based collapse, or it is nuclear. Therefore, the dam-

[41] **OECD** (1994), p.36.

ages suffered following a single nuclear event is covered with a single nuclear liability insurance policy, including the traditional damages, as set forth in the international conventions. Taking both type of damages under coverage with a single policy is suitable particularly for the insured and those exposed to these damages, while the non-nuclear damages are covered in a separate section with separate limitation in terms of subjecting them to the international conventions and the principles for nuclear liability.

Within the scope of popular practise, the damages caused by armed conflict, war or natural disasters, which occur the most in the country, are excluded from the scope of the coverage. However, in countries where the natural disaster occurs rarely, the nuclear accidents occuring after a big natural disaster can be covered, as well. In the event that a natural disaster risk is excluded from the coverage in the policy in accordance with the legislation, it can be seen that there has been some certain event in which the governments compensated the damages caused by this risk. The damages caused by civil rebellion, civil strife and acts of terrorism can be covered/excluded depending on the coverage. The damages caused by nuclear armament are not covered within the insurance policies. Even though the person running the facility has legal liabilities for the damages caused by its malicious and intentional acts, the nuclear insurance pools cover the damages caused by intentional and malicious acts. In accordance with the legislation where such obligations are applied, the insurers do not have the right of recourse against the operator concerning the payment made[42].

b- With Regard to The Transportation of Nuclear Materials

The person running the facility is liable for the damages caused by the nuclear materials kept under its own responsibility until the liability of the materials is transferred to some other person or until the liability is transferred to another legal entity with a contract. While in such limited number of countries as Switzerland, England and USA, the liability of the operator due to the transportation activities carried out within the

[42] **OECD** (1994), p.37.

boundaries of the country where the facility is located is covered with the third party liability policy of that operator, in many other countries, the liability concerning the damage evolving out of the transportation activities both inland and abroad is covered with a separate insurance policy.

Based on the frequency of transportation activities, apart from having the opportunity to regulate an independent policy for each transportation activity, the operator can also be covered for any and all the transportation operations covering a certain period of time (generally one year). On the other hand, the operator informs the insurer concerning all its transportation activities during the period of time as agreed upon. Despite providing time-saving for the operator, this situation may cause certain problems in multiple transportations.

The liability insurances evolving out of the transportation of nuclear materials are covered by traditional insurance company in some countries, while this practise is generally accepted as that this risk is to be covered by nuclear insurance pools.

Despite the fact the person running the facility undertakes a certain level of legal liability per nuclear accident within the framework of the national legislations and international conventions, the insurers offer coverage per transportation concerning the liability evolving out of the nuclear material transportation. By this means, the insurers will be able to control the maximum compensation amount that they will be required to pay against more than one accident risks, even if the possibility for this to occur is not very high. However, the insurance amount is still set as comparatively higher than the amount, for which the person running the facility is held liable, against certain residual demands coming off following the accident.

The liability of the operator against the transportation of nuclear materials is determined within the scope of national legislations and international conventions, as in the facility liability. Yet, in some countries, the liability of the operator for transportation may differ based on the characteristic of the material being transported. However, there is specific matter concerning the liability for transportation of nuclear materials. It is possible to face with different legal regulations concerning the liability, in the event that the transportation is made in different countries. In the event that the each and every country is subjected to the same

international convention on the transportation route, the applicable law is the same. But in this situation, there will be only one government with the judiciary power, and the liability level of the operator will be determined as per the national law. In the event that the transportation is made on the open sea, the national law, which the operator is subjected to will be enforced. If one of the countries on the transportation route is a party to any convention, while other country(ies) are not, it is inevitable to confront with various legal problems[43].

2- Coverage of the Property Damage

In case of a nuclear accident, it is of vital importance to cover the property damages, just like third party liability, in order for the operator to maintain its financial sustainability, as well as the continuity of nuclear industry. Particularly in this kind of policies, the site cleaning after the accident is highly significant.

On the policies providing coverage for the properties as issued by the nuclear insurance pools, the objective is to compensate the financial damages in the nuclear facility and the area. Along with the coverages offered within the scope of traditional fire insurance, certain events of contamination caused by uncontrolled reactivity and radioactive materials like reactor overheating and unintentional chain reaction are covered in the policy, as well. As it was already mentioned before, it is not an easy task to determine whether the damages are caused by nuclear events, or not during the accident.

The materials, equipment damaged due to the radioactive contamination can only be covered over its insurable interest value based on the enrichment prohibition, as a principle of insurance profession. However, since the cost for the damage compensation exceed the numbers in question, additional cost items are generally included in the policies. The expenditures for the cleaning of radioactive waste are to be specifically stated within the policy. As a matter of fact, in certain policies, the process for removing the undamaged materials within the plants that are in a position to be shutdown soon following an accident, can be included within the scope of the coverage. Besides, it is sometimes recognized as a must to take out property insurance policy for nuclear reactors as in

[43] **OECD** (1994), p.38.

USA, and the insurer is expected to clean and secure the area before making any compensation payment.

Machinery breakdown coverage as specific to facility differs in insurance markets. In fact, the coverage in certain policies are for the assets concerning the nuclear damages, while it is offered as an independent coverage; it is also possible to be covered from traditional insurance companies rather than nuclear insurance pools in some markets.

The direct damages and the profit losses that the operator suffers from are also presented within the scope of property damages[44]. However, these coverage units, are mostly regulated with a separate contract, despite being limited with the main coverage concerning the property damages.

The physical damages as exposed to these materials during the transportation of nuclear materials are not covered by the nuclear insurance pools. These damages can be covered with traditional insurance policies[45].

III- LEGAL LIABILITY OF THE NUCLEAR POWER STATION OPERATOR IN TURKISH LAW

A- OVERVIEW

In nuclear liability insurance, in order to understand the scope of insurance coverage, the cases excluded from the coverage, damage-compensation relation, in other words, to understand the contract in practise, the subject matter of the insurance contract, meaning the liabilities of nuclear power station operator and the person transporting nuclear materials, need to be set forth. The legal infrastructure, in force in our country regarding nuclear responsibility which we will try to examine in this title, is extremely important for this.

---

[44] In accordance with Turkish domestic law and TCC article no.: 1453/f.2, the loss of profit due to the accident/event, and the damages evolving out ot the faults of the insured property is not covered by the insurance. However, as it can be clearly understood from the letter of article, this provision is not imperative, thus allowing contrary regulation.

[45] **OECD** (1994), p.39.

Turkey signed many international agreements concerning the legal liability of nuclear power station operator, and the law no.: 5710 concerning the establishing, operating of nuclear power stations and energy sales dated as 9/11/2007 is of vital importance, with regards to the contract being reflected to the domestic law, even though this is indirectly made. On the other hand, in accordance with the article no.: 90 of Turkish Constitution ensuring that the due international covenants are statutory, it is confirmed that Turkey signed the Paris Convention as amended with the relevant Protocols, and that the Paris Convention is a supplementary part of Turkish domestic law with the confirmation code no.: 299 dated as 08.06.1961[46]. Therefore, the essential regulation to determine the nuclear liability principles and the context of insurance contracts is Paris Convention, in terms of Turkey having no specific legal regulation concerning the nuclear liability.

B- PARIS CONVENTION DATED AS 29TH 1960 CONCERNING THE LEGAL LIABILITY AGAINST THIRD PARTIES IN THE AREA OF NUCLEAR ENERGY

The Paris Convention was entered into in Paris on 29th July 1960 in order to establish an international system ensuring the compensation of damages in the event that the third parties are exposed to damages in the relevant country or other countries that are party to the convention, while the nuclear facilities under the judiciary power of contracting party countries are operated or during the transportation of nuclear materials, and it is the first international regulation entered into force on 1st April 1968. Within the scope of its practises, it served as a model to the regulations and domestic law contexts regulated after it[47]. The secretariat of the convention is carried out by OECD (OECD 1994). Today, there are 16[48]

[46] **Güneysu**, p. 215-216; **Ulusan, İlhan** (1996), "Türk Hukukunda Nükleer Zararlardan Doğan Hukuki Mes'uliyet", Prof. Dr. Halit Kemal Elbir'e Armağan, İstanbul, p.552 ff.; **Aydoğdu, Murat** (2009), Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletenin ve Nükleer Madde Taşıyanın Hukuki Sorumluluğu**,** Adalet Ankara Publisher, p.202.

[47] **Schwartz**, p.316.

[48] Belgium, Denmark, Finland, France, Germany, Greece, Italy, Netherlands, Norway, Portugal, Slovenia, Spain, Sweden, Turkey, England. (Austria and Luxemburg did not approve it, despite signing the convention dated as 1960). See: **OECD** (1994), p.45, **Burns&Vasquez-Maignan**, p.635.

contracting party countries[49] signing the Paris Conventions, almost all of which are developed western countries, and to which Turkey[50] is a party.

Considering that the liability amounts set forth in Paris Convention cannot provide satisfactory protection, the convention was revized with various supplementary contracts and protocols. Projecting a three-step compensation system and being the first supplementary protocol, the Brussels Supplemental-Contract was entered into in Brussels on 31st January 1963, while the Protocols[51] amending the contract were signed[52] on 28th January 1964 and 16th November 1982, and the *Mutual Protocol Concerning The Enforcement Of Vienna Convention* was contracted on 21st September 1988[4]. Turkey signed this Mutual Protocol with Protocol 1964 and 1982, thus reflecting it to our domestic law[53]. Today, Paris Convention revized with the 1982 Protocol is in force for Turkey.

---

[49] Apart from the fact that Paris Convention is open to all countries that are a member of OECD, it was provided for the other countries to become a party to the convention, based on the decision to be unanimously taken by the member countries. However, NEA member countries, which are not European, "Australia, Canada, Japan, Korea, Mexico and USA" were not included in the Convention. Therefore, the Paris Convention, in fact, gives the impression of a regional European Convention. For the signature and confirmation dates of the member countries (Australia, Luxemburg) signing the convention, and the original convention. See: <http://www.oecd-nea.org/law/paris-convention-ratification.html>; <http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=199&InstrumentPID=195&Lang=en&Book= >, l.a.d. 04.08.2016. Additionally, See: **OECD** (1994), p.45.

[50] Turkey signed the Paris Convention on 29th July 1960 and brought it into effect with the law no: 299 concerning "*The Confirmation of Convention On Legal Liability In The Area Of Nuclear Energy*" dated as 08.05.1961, published in Official Gazette dated as 13th May 1961, with the issue no 10806.

[51] The earliest form of the convention in 1960 entered into force with the Protocol - 1964 on 1st April 1968, and with the Protocol - 1982 on 7th October 1988. The latest protocol amending the convention is the Protocol - 2004, yet it is not in force. See: http://www.oecd-nea.org/law/paris-convention-ratification.html, l.a.d. 24.03.2017).

[52] **Schwartz**, p.316.

[53] The Supplementary Protocol-1964 amending the Paris Convention concerning the Legal Liability against Third Parties in the area of Nuclear Energy was confirmed with the law no.: 868 dated as 01.06.1967, published in the Official Gazette on 13.06.1967 with the issue no 12620; The Supplementary Protocol - 1982 amending the Paris Convention concerning the Legal Liability against Third Parties in the area of Nuclear Energy was published in the Official Gazette on 23.05.1986 with the issue no 19115 in accordance with the Council of Ministries' Decision no: 86/10513; and

Due to the needs and new matters evolving in time[54], on 12th February 2004, the Protocol-2004 was signed by the contracting party countries of Paris Convention, however this protocol hasn't entered into force, yet[55]. For this convention to enter into force for Turkey, it needs to be confirmed by GNAT (Grand National Assembly of Turkey).

Paris Convention, as above stated, is based on certain essential principle as the determination of the liability connection and limitation, ensuring financial coverage for the liability and a simple adjudication for these matters. Within this scope, the following questions are answered in the contract: Who will be held liable for which situations? Who will be the one to be get paid with the compensation? Which damages will be compensated? What will be the quantitative and time limitation of the liability? How will the financial coverage be provided? How will the applicable law and proceeding be determined?

The area of application was essentially limited in terms of "*subject matter*" in Paris Convention. The system was not kept as extended to cover the damages evolving out of any nuclear event, but rather, it was built on a system of compensation for the exceptional risks. The contract set area of application only for the situations in case of accidents while operating a nuclear power station or during the transportation of nuclear materials. Therefore, it would not be wrong to say that the liability as based in Paris Convention is, in fact, a liability evolving out of nuclear risks or nuclear accidents; however, the damages caused by medical, commercial, agricultural or scientific purposes are not covered within the system, except for the nuclear facility and nuclear energy[56]. For the damages that are not covered, it is possible to utilize the tort provisions.

---

the Mutual Protocol concerning the Application of Paris&Vienna Conventions was published in the Official Gazette on 19.11.2006 with the issue no: 26351 in accordance with the Council of Ministries' Decision no: 2006/11171.

54 **Schwartz**, p.316.

55 For the following amendment accepted as per 20th article of the Paris Convention to enter into force, 2/3 of the countries signing the convention must confirm it: "*Any amendments made on this Convention shall be accepted with the conjoint consents of Contracting Parties. These shall enter into force with the confirmation or approval of 2/3 of the Contracting Parties. After the confirmation or approval, the amendment shall enter into force after the confirmation or approval date for each Contracting Parties.*".

56 On article 1/(a)(ii) of the Convention, the nuclear facility definition is provided, and it is set forth that the Steering Committe of the Organizational Nuclear Energy

Another criteria for the provisions of Paris Convention to be applied is that the nuclear accident has to occur due to a nuclear power station being used for peaceful purposes within the borders of the country that is a party to the convention. In this context, the provisions of Paris Convention would be applied for the damages caused by an accident occurring in a country (England) as a party to the convention, affecting to another contracting state (France)[57]. This matter was drawn up as follows in the current convention on the second article: "*This Contract is not applicable for the non-party countries, as well as the damages occurring in these countries, unless otherwise is stated on the national legislation of the contracting party country, having a nuclear facility established with a liable operator, and provided that the rights stated on article 6 (e) survive*.

Within the scope of this provision, applying the provisions of Paris Convention concerning a non-contracting country or the damages in that country in case of an accident evolving out of the nuclear power station of a country, which is a party to the convention is only possible provided that the contracting liable country does have an applicable provisions concerning this matter in its own domestic legislation. In contrary scenario, the compensation of the damages suffered by a contracting country due to a nuclear power station accident in a non-contracting country is only possible provided that the non-contracting country causing the damage becomes a party to the Paris Convention, or it is ensured that the Paris Convention is set as the applicable law in their domestic law legislation in case of nuclear damages[58].

Additionally, a second exception arises from the following provision of the Convention, governing article no.: 6 sub-article (e): "*A person*

Agency may, from time to time, identify the articles to be included in the Convention within the scope of nuclear articles. Again in the Convention, the terms nuclear event, instead of nuclear accident, and occasionally the term "damage" are included. This leads certain deficiencies of the Convention with regards to the area of application. Hence, the term "nuclear damage", meaning the nuclear devastation" was included, apart from the term nuclear event; and the liability of the nuclear power station operator was accepted due to the ionized radiation, including the ionized radiation event within this scope. See: **OECD** (1994), p.46-47; **Schwartz**, s. 317, 332 ff.; **Trevor,** p.111.

57 **Sands, Philippe/Galizzi Paolo** (1999), "The 1968 Brussels Convention and Liability for Nuclear Damage", Budapest Symposium, OECD NEA Publications, p.479.

58 **Schwarz**, p.319.

or anyone working for this person compensating the damage caused by a nuclear accident occurring in a Non-contracting Country, and whose workplace is located in a Contracting Country acquires the rights against the operator in the absence of 2nd article, as equal to the amount he/she paid." The final exception is in the Mutual Protocol Concerning The Vienna&Paris Conventions. In line with the second article of this protocol, a nuclear facility operator in a country that is a party to the Vienna Convention is held liable for the nuclear damages occurring in a country that is a party to both Paris Convention and Mutual Protocol in accordance with the Vienna Convention, while the nuclear facility operator in a country that is a member to the Paris Convention is held liable for the nuclear damages occurring in a country that is a party to the Vienna Convention and the Mutual Protocol in accordance with the Paris Convention. Within this scope, since Turkey did not sign the Vienna Convention despite signing the Mutual Protocol shall be held liable for damages in any country that is a party to the Vienna Convention in accordance with the provisions of Paris Convention.

In accordance with the principle of canalization of the above stated liability due to a nuclear accident, *it is solely the nuclear facility operator to be held liable* as per Paris Convention[59]. The operator of the facility is the one in the sole operator position of the facility, assigned or recognized by the public authorities in line with the Paris Convention (article 1).

The Convention has been regulated in a manner leaving no room for doubt, and deeply detailing the liability of the facility operator. The liability of the operator was based on the strict and limited liability principle[60]. The only condition for the liability is the proof of causal relation between the nuclear accident and the damage. There is no need for proving the wilful misconduct or gross negligence of the damaging party. The liability is undertaken by the facility operator, where the factors concerning the accident are concluded in case of a nuclear accident (article 5/a). Based on the same nuclear accident, the operators are held severally liable, in the event that there are more than one facility operators (article 5/d). Where the operator cannot be held liable in accordance with the Convention, the liability is settled within the framework of the general provisions.

[59] **Schwarz**, p.318; **OECD** (1994), p.48.
[60] **OECD** (1994), p.47.

The matter concerning who will be held liable for the transportation and storage of nuclear materials[61], have been regulated on the 4th article of the Convention. The liability of the facility operator is not absolute regarding the accidents occurring during the transportation of nuclear materials within this scope. Under certain exceptional situations, the title "operator" can be transferred to the transporter, as well. Under such circumstances, the transporter is held liable for the accident with the capacity of "operator". Where the operator is held liable for transportation, the sending operator is held liable as a principle. The receiver can only be held liable for the accidents provided that the liability is undertaken in written form, or the accident occurs after the materials are delivered[62].

In accordance with the contract, the drawee for the damaged party in action for damages is the operator of nuclear facility. There is no need for the damaged party to stand an ill will against the transporter, unless it (the damaged party) is the supplier or the operator[63].

The operator is granted with the right of recourse only against those causing the nuclear accident with their faults[64] or those undertaking the liability with a written contract (article 6/f). The first situation covers the natural person, only; the employer of this person is not granted with the right of recourse in this situation (article 6/g). The operator or the transporter in the capacity of operator shall be held liable in whole within the borders of the liability limits for the damages, except for the reasons breaking the causal relation. However, the operator is not held liable against the damages of nuclear accident caused by a armed-conflict, invasion, civil war, rebellion and extraordinary natural disasters within the scope of its limited liability in accordance with the 9th article of the Convention[65].

The operator is held liable for any damages on people and property as principle (death, loss of physical integrity and property damages, provided they are caused by a nuclear accident) (article 3)[66]. However, the damages on the delivery vehicles, the facility itself and the property, as

61 **OECD** (1994), p.48.
62 **Schwarz**, p.318.
63 **OECD** (1994), p.48-49; **Schwarz**, p.318.
64 **Schwarz**, p.318.
65 **OECD** (1994), p.48-49; **Schwartz**, p.318.
66 **Schwarz**, p.319.

principle, are excluded from the liability area of the operator. Even in the event that the nuclear material is not possessed by the operator due to being stolen, lost, abandoned, etc., the liability of the operator survives based on these article [67]. In addition to these matters, where the damages on people and property are compensated together, it is stipulated to compensate primarily the damages on people, then the damages on property.

The Article 7/a of Paris Convention that is in force as amended on 1982 is as follows, concerning the limitation of the operator's liability in terms of quantitative aspects: "*The compensation amount claimed to be paid for the damages caused by a nuclear accident cannot exceed the maximum liability as settled in compliance with this article.*"; and this amount was set as 15 million SDR independent from the interests and legal expenses for the nuclear facilities on the following sub-article[68]. Additionally, the contracting country is provided with the opportunity to settle higher and lower amounts provided it is not under 5 million SDR, based on the authority granted by the convention. In case of joint liability, it is essential for the maximum liability amounts not to exceed these amounts per operator[69].

---

[67] Even though this matter is not clearly stated in the convention, we are led to the conclusion, where the prescription time is set forth for situations within the article 8, sub-article (b) stipulating the prescription times.

[68] The SDR (Special Drawing Rights) is an international reserve asset, created by the IMF in 1969 to supplement its member countries' official reserves. the IMF may allocate SDRs to member countries in proportion to their IMF quotas. SDR serves as the unit of account of the IMF and some other international organizations. The value of SDR is determined based on the basket of certain international currencies. The value of the SDR was initially defined as equivalent to 0.888671 grams of fine gold — which, at the time, was equivalent to one US dollar, SDR is re-defined as the basket of currencies; and this basket consists of the US dollar, euro, the Chinese renminbi, Japanese yen, and British pound sterling. The value of the SDR in terms of the US dollar is determined daily and posted on the IMF's website. It is calculated as the sum of specific amounts of each basket currency valued in US dollars, based on exchange rates quoted at noon each day in the London market. Decisions on general allocations are made for successive basic periods of up to five years. See: IMF Summarized info: <https://www.imf.org/external/np/exr/facts/tur/sdrt.pdf>, l.a.d. 11.09.2018.
As of 11.09.2018, 15 million SDR is equal to about 18.084.000 Euros.
See: <http://sdr-ozel-cekme-hakki.tlkur.com/euro>, l.a.d. 11.09.2018.

[69] **OECD** (1994), p.49; **Sands/Galizzi,** p.483-484.

Within the scope of the 10th article of the Convention, it is a must for the liability to be taken under coverage within the scope of the financial limits set by the contracting country, thus maintaining this coverage. Having various alternative financial coverage mechanisms, the insurance is recognized as the most often utilized mechanism in practice[70].

The liability is limited to 10 years-of-period for the compensation claim on the 8 th article of the Convention. It was confirmed that the right of claims that are not used within 10 years shall be concealed, in line with this article[71]. However, within the scope of the authority granted to the contracting countries to make adjustments, the contracting countries are provided with the rights to constitute prescription and lapse of time provided it is not less than two years that the damaged party is informed with the details of the damage and the person liable for the damages. In addition to this, it was ensured that where the damage is caused by the nuclear material being stolen, lost, abandoned, disposed to the sea, etc., the projected period of time cannot exceed twenty years[72].

On the 13th Article of the Convention, the judiciary power is granted to the state courts of the contracting country, where the accident occurs. Where the exact location of the accident cannot be identified or where it occurs in non-contracting countries, the special authorization rules shall be in force as set forth in this article[73]. By this means, it is aimed at ensuring the collaboration of proceeding, thus compensating the damages of the victims in a more efficient and faster manner. On the other hand, the European Nuclear Energy Court, established within the scope of the *Convention Concerning The Formation Of Security Control In The Area Of Nuclear Energy* entered into on 20th December 1957 before Paris Convention is granted with the judiciary power for any conflicts in accordance with the 17th article of the Convention[74]. In the Protocol - 2004, the parties are provided with the opportunity to agree upon a mutual court in order for increasing the equality on the distribution of the compensation and consistence in the resolutions taken, in addition to the

---

70 **OECD** (1994), p.50; **Schwarz,** p.320.

71 **Schwarz**, p.321; **OECD** (1994), p.50.

72 **Trevor**, p.113.

73 **Schwartz**, p.321;**OECD** (1994), p.51;**Trevor**, p.115.

74 **Korkusuz, Mustafa** (2012), Nükleer Santral İşletenin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, Beta Press, p.61.

above stated matters[75]. The Competent court has the authority to apply the provisions of its own domestic laws in addition to the provisions of convention.

The Convention Concerning The Supplementary Compensation On The Nuclear Damages and the Supplementary Protocol For Amendments On Vienna Convention contracted after the negotiations carried out in 1997 within the scope of Vienna Convention made it a current issue in question whether these amendments are required to be applied on Paris Convention and Brussels Supplemental-Contract. The objective was to provide more compensation payment for more victims, thus the amendments made on Vienna Convention being applied on Paris Convention.

There were some radical changes made in Paris Convention, when compared to the Protocol - 2004 signed on 12.02.2004 and other protocols. As a matter of fact, the minimum financial liability limit, which had been suggested to be increased to 150 million SDR on 20th April 1990 by OECD Nuclear Energy Agency Steering Committee in the first protocol, was then suggested to be increased to a quite higher level beyond the former amount: 700 million Euros[76]. Nevertheless, the lower liability limit was set to 70 million Euros for the facilities with lower risk capacity, and 80 million Euros for transportation activities; and the operators that are active in countries accepting the strict liability of the operator have to guarantee the lower limit of the financial liability as set forth in the Convention. Even though the limitation of the operator's liability is one of the essential principles in Paris Convention, Germany adopted the strict liability principles starting from the middle 80s. Therefore, it is out of question to exclude Germany from the convention, and also the convention provisions are tried to be interpreted in conformity with the new regime adopted in Germany[77].

The application area of the convention was extended on the Protocol - 2004, and in the event that the sufferer country is a party to the Vienna Convention or Mutual Protocol, despite being a party to Paris Convention, or it does not possess a nuclear facility or its nuclear liability

75 **Schwartz**, p.321.
76 **Pelzer** (2010), p.377.
77 **Schwartz**, p.333.

regime provides mutual advantages that are in parallel with the principles set forth in Paris Convention despite having a nuclear facility, the Paris Convention is confirmed to have the application capacity.

As in Vienna Protocol-1997, the prescription period for compensations to be claimed for the deaths and injuries was increased to 30 years following the accident in the Paris Protocol-2004. Besides, the definition of the term "nuclear damage" was included in the Protocol, stating that along with the loss of lives and personal injuries, the financial damages based on these matters, the measures taken for restoring the damaged environment, as well as the income losses suffered due to the environmental damage were included in the nuclear damage. 2004 In the Paris Convention, the economic damages are only connected to the number of items, as differently from the Vienna Protocol; and other economic damages within the scope of civil law of the proceeding company are not included in the Protocol[78].

The OECD member countries are the only ones granted with the right for direct participation in line with the Protocol-2004, differently from Vienna Protocol-1997. However, as in the Slovenia example in 2001, it is possible for the non-member countries to be a party to the Protocol with the consensus of all the other contracting countries. Within this scope, the Protocol was undersigned by 16 countries, but since the convention was not confirmed by any countries, the validity provision hasn't entered into force due to fact that the approval requirement 2/3 couldn't be met[79].

IV- AN ANALYSIS CONCERNING THE NUCLEAR INSURANCE APPLICATION IN TURKISH LAW

Since there is no active nuclear power station in Turkey yet, there is naturally no nuclear insurance convention contracted as property or liability insurance for a non-existing risk up to today.

The Insurance Law no.: 5684, Article 15, the first sub-article is the prevailing provision as follows: "*People inhabiting in Turkey must have their insurance coverages of their insurable utilities to be taken out by the insurance companies that are active in Turkey, thus locating in Turkey, as well.*" In line with th is provision, it is forbidden for those inhabiting in

[78] **Schwartz**, p.334.

[79] **Schwartz**, p.336 and Annex 7, p.351; **Burns&Vasquez-Maignan**, p.637.

Turkey to get coverage for their utilities[80] abroad. Detailing this prohibition on the second section of this provision, the President was provided with the opportunity to expand the scope of the details stated in the last sub-article. In line with the relevant provision of the aforementioned law, the primary interest of the power station operator for property and liability insurance is to be in Turkey, while it will be clarified within the scope of the aforementioned prohibition depending on whether the operator inhabiting in Turkey, or not. Within this framework, it will a legal obligation for the power station operator registered to be residing in Turkey, or confirmed to be residing in Turkey depending on the circumstances, to get coverage from the insurance companies[81] that do business in Turkey. However, this legal obligation will be able to be overcome by including the nuclear insurances in the coverages to be taken out abroad with the President's decision, within the scope of the third sub-article of the relevant provision.

The financial capacities of the insurance companies in Turkey[82] is not satisfactory for undertaking this kind of risk by all alone, while, on the other hand, it is doubtful even for these local companies to unite and go over a nuclear insurance pool mechanism within the framework of the international practises. But, in the practise of nuclear insurance, the expectation of the international insurance companies and re-insurers is in the direction of including the existing local insurance companies or nuclear insurance pools in the country where the power station is operated, in this process. Hence, the domestic insurance companies would be more efficient in the processes of risk analysis, interpreting the national law, taking the required measures before and after the accident, taking initiatives for preventing the damages, distributing the compensation, contacting with the victims of accident, thus being in a position of taking actions on a major level. With all these facts in mind, even if the financial capacities are not suitable for undertaking such risks, it is considered as a generic tendency for the domestic insurance pools to be included in the process due to the opportunity to transfer the whole risk to the foreign re-insurers. Therewithal, since there is no limitation in terms of the re-

[80] **Özer Kabukçuoğlu, F. Dilek** (2012) Sigortacılık Kanunu Şerhi, İstanbul, Oniki Levha Press, p.218.

[81] **Özer**, p.219.

[82] For the data, financial sizes and premium generation of Turkish insurance sector, see: <https://www.tsb.org.tr/resmi-istatistikler.aspx?pageID=909>, l.a.d. 01/07/2018.

insurance ratios with regards to Turkey national law, it is within the bounds of possibility to transfer the whole risk to a foreign re-insurer within the financial capacity of a nuclear insurance pool to be established in Turkey. Apart from being a political choice, including the nuclear insurance contracts in the foreign insurances in line with the law no.: 5684, sub-article: 15/3 is not considered to be the answer for the expectations of international insurance application. Within this context, apart from the nuclear insurance policies providing coverage for property damages, taking the contracts offering nuclear liability coverage as minimum in the compulsory insurances will have a challenging impact on the national companies with a license on the related area to provide coverage for insurance in accordance with the aforementioned law, 13th article.

Another major subject that needs to be discussed at this point is the manner of compensating the damage that exceeds the liability limits of the operator within the scope of liability insurance. Hence, with regards to our domestic law, the maximum financial liability amount for nuclear facilities in the applicable Paris Convention as amended in 1982 identifying the nuclear liability regime was clearly determined to be 15 million SDR as independent from the interests and legal expenses[83]. Additionally, the contracting country was provided with the opportunity to determine higher and lower expenses based on the authority granted with the convention, provided it is not under 5 million SDR[84] .

Although yet it was stipulated to increase the liability limit to a stiff amount that is equal to 700 million Euros in accordance with the Protocol - 2004 for Paris Convention[85] this amount is way behind compensating the damages caused by nuclear accidents with its current situation in today's world.

The damages beyond the compulsory coverage limitation as set forth by the Convention with regards to the Operator (actual insurance limits in practise) were made up to the political and economical choices of each and every country.

For example, in France; the maximum liability amount of the operator is limited to 600 million French Francs, and it is confirmed to pay

---

[83] As of 17.09.2018 15 million SDR is equal to about 17.949.130,35 Euros. See: <http://sdr-ozel-cekme-hakki.tlkur.com/euro>, l.a.d. 17.09.2018.

[84] **OECD** (1994), p.49; **Sands/Galizzii**, p.483-484.

[85] **Pelzer** (2010), p.377.

2.5 billion of French Francs for the accident occurring in a military facility by the French Government. In terms of damages occurring during transportation, the liability amount is 150 million French Francs The damages that are beyond the limitation will be compensated by the Government as per the Brussesls Convention. In the event that the transportation is not within the scope of the Convention, the transporter is required to get a coverage of 1.5 billion Francs[86].

In Japan[87] the government can interfere in the compensation payment process in case of two situations. On the first one, the government may sign a compensation agreement with the nuclear power station operator as a supplemental to the insurance for the liability, where the risk is not covered with insurance or other financial coverages (where the nuclear damage is caused by an earthquake, a volcanic eruption or an unknown formation occurring during the standard operating process, or for the compensations claims after 10 years), or on the second one, which is comparatively stricter yet generally applied, the government may provide financial support, where the damages exceed the financial coverage amount[88].

In today's world, the current nuclear liability regime of USA is regulated in Price Anderson Act (PAA) dated as 1957, succeeding in Atomic Energy Codes and still in force[4]. PAA projects a two-stage coverage system for individual operators[89]. On the first stage, it is laid down as a condition to get coverage of 450 million $ by American Nuclear Insurers (ANI) as a private nuclear insurance pool starting from 2017)[90]. Hence, this limit corresponds to the maxmimum amount to be covered in the

---

86 **Kocaoğlu, Necip Kağan** (2010), "Nükleer Tesis İşletenin Hukuki Sorumluluğu: Karşılaştırmalı ve Uluslararası Özel Hukuk Analizi"**,** Ankara Barosu Dergisi, Year:68, No. 2010/2, p.49. **OECD** (1994), p.66.

87 **Nomura, Toyohiro/Hokugo Taro/Takenaka, Chihiro** (2012), Japon's Nuclear Liability System, Legal Affairs OECD NEA, p.22-24.

88 **Saxena**, p.687; **OECD**, p.72.

89 **OECD** (2016), Nuclear Legislation in OECD and NEA Countries, Regulatory and Institutional Framework for Nuclear Activities, U.S., OECD, p.23. <(https://www.oecd-nea.org/law/legislation/usa.pdf-)>, l.a.d. 23.08.2016; **Kremen, David** (1999), "Nuclear Liability Regime In The U.S.A.", Seminar On Nuclear Law And Liability; 8-9 September 1999, Ankara, p.3.

90 As 375 million between the years 2011 - 2017, the limit has been stipulated as 450 million $ as of 2017 See: <http://www.world-nuclear.org/information-library/safety-and-security/safety-of-plants/liability-for-nuclear-damage.aspx, https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2016-12-30/pdf/2016-31368.pdf>, l.a.d. 02.05.2017.

insurance market in practise. The proceeding, inspection and research expenses are included in the compensation limit, as differently from the international regime, provided it is under judicial control. So this provides a guarantee for the insurers concerning the maximum insurance coverages to be paid.

Where the sum of the damages following a nuclear accident exceeds 450 million $, the Price-Anderson fund, financed by shared reactor operator companies and named as Secondary Financial Protection (SFP) becomes a part of the process. Each and every nuclear facility in USA is to pay 121,255 million $ (max.),[91] as retro call and retrospective payment [92] per accident for this fund. Where the damage exceeds the first-step coverage amount, this projected amount in SFP is collected as pro rata. In the event that all the companies pay the liability amount for the fund, taking all the reactors located in America, a coverage that is approximately equal to 13 billion $ would be provided within the scope of PAA without any burden laid on the government and the state. Apart from power reactors, the enrichment with research reactors, waste protection, as well as the facilities carrying out other nuclear activities can benefit from this coverage[93].

While the international practise is as above stated concerning France - as a member of the Union -, and also Japan and USA with a long

---

[91] Starting from 2013, this amount is applied as follows with the inflation adjustments $ 127,317,750 per reactor per incident. See: <https://www.nrc.gov/reading-rm/doc-collections/fact-sheets/nuclear-insurance.html and http://www.world-nuclear.org/information-library/safety-and-security/safety-of-plants/liability-for-nuclear-damage.aspx>, l.a.d. 02.05.2017.

[92] The term "Retrospective Coverage" is used for the covering of compensation claims concerning the damages occurring before the effective date of the insurance policy. See: **Milli Reasürans T.A.Ş.,** p.272.
When the damage occurs, each and every reactor is held with the liability to retrospectively pay up to $127,317,750. This premium can be increased on the ratio of 5% for legal expenses. Besides, the premium amount is to be updated in every 5 years in line with the consumer price index. The latest update was made in 2013. However, this amount cannot be paid, unless an accident occurs. See: <https://www.nrc.gov/reading-rm/doc- collections/fact-sheets/nuclear-insurance.html> and <http://www.world-nuclear.org/information-library/safety-and-security/safety-of-plants/liability-for-nuclear-damage.aspx>, l.a.d. 02.05.2017.

[93] Liability for Nuclear Damage, < http://www.world-nuclear.org/information-library/safety-and-security/safety-of-plants/liability-for-nuclear-damage.aspx,>, l.a.d. 23.08.2017.

history on nuclear insurance, Turkey is in a position, where it has to establish a fund, in which the reactor operators can be included, just like the example given for USA, in order to compensate the damages that are not covered by insurance, with the process of transition to nuclear energy taking the insurance legislation and the economical balances into consideration. However, the fact that the number of power stations in the above stated countries[94] is about one hundred, while in Turkey the concrete steps have been taken for only two power stations, it does not seem possible for a nuclear energy market, in which there are only two operators, to contribute in the fund projected to be established.

In Turkish domestic law, it is a known fact that there is a special regulation on the law no.: 5684 Article: 33/A with the following topic "*Coverage for extraordinary events*" concerning the nuclear risks in the insurance legislation to serve for establishing the actual required structure. The regulation in this provision has the capacity to conclude the discussions made concerning the aforementioned law's 13th and 15th articles. As a matter of fact, on the first sub-article of the provision in question, the Ministry (Ministry of Treasury and Finance) is provided with the opportunity to grant the Undersecretariat of Treasury[95] with the authority to establish insurance or re-insurance pools, to coordinate the process of establishing these pools, to assign one or more than one legal entities as extraordinary risks control center in order for running the pool, organization or collaboration mechanisms[96].

First of all, we do not think it is right to discuss the nuclear risks under the topic "*The Coverage in Extraordinary Events*", since it is not classified in "*Terrorism, war, natural disaster and suchlike extraordinary events*". In fact, as highlighted in the relevant regulation, the nuclear risks are the risks that are specific. On the other hand, even though the Minister is granted with the authority to get insurance or re-insurance coverage by the Undersecretariat for civil air or marine transportation vehicles where the coverage cannot be taken out from the domestic market nor

[94] America has 99, France has 58 and Japan has 50 active power stations. See: <https://www.iaea.org/pris/>, l.a.d. 12.04.2017.

[95] Within the scope of No.1 Presidential Decree, Undersecreteriat of Treasury has been merged with Ministry of Finance and restructured under the name of Ministry of Treasury and Finance. For this reason, in the text where Undersecreteriat of Treasury is mentioned, it must be presumed as Ministry of Treasury and Finance.

[96] **Özer**, p.565.

the international insurance markets, or where it is challenging to get covered, and also where it is deemed required by the Ministry, in case of terrorism, war, natural disasters and similar extraordinary events in accordance with the third sub-article of the aforementioned provision, it can be clearly understood that the nuclear risks are not included within this scope from the letter of the provision. While it is projected for the Undersecretariat to personally provide coverage for extraordinary events concerning civil air and marine transportation vehicles, we consider the matter where it is not granted with any authority to offer coverage as required against nuclear risks, as a deficiency.

Consequently, it can be seen that the Undersecretariat is self-authorized for the organization of any legal infrastructure like establishing a pool system for nuclear risks, ensuring the coordination between the insurance and re-insurance companies, forming the collaboration mechanisms, etc., in accordance with the relevant provision. However, the manner how this authorization will appear, as well as the manner of projecting a structure concerning both the incapacity to provide coverage as set forth by the international legislation, and the damages exceeding this level will be clarified in time.

At this point, "*The Insurance Institution For Natural Disasters*", having been /currently being operated in Turkey successfully for a long time, constitutes an alternative structure that can be a model for nuclear insurances, and even a model, which has the capacity to include nuclear risks.

Having its legal infrastructure within the scope of Catastrophe Insurance Law no.: 6305, which entered into force on 18.08.2012, the Insurance Institution of Natural Disaster is a specific quality institution for the coverage of compulsory earthquake insurance in order for compensating the economic damages on buildings caused by an earthquake, as well as compensating the physical and economic damages caused by various natural disasters and risks, which cannot be covered or are challenging to be covered by the insurance companies, subjected to the public legal entity established before the Ministry. In the event that the coverage is not satisfactory as taken out from the national and international markets concerning the risks undertaken by the Institution, it was made possible for the Government to undertake the risk against a reasonable amount, for the part to be determined by the President with the request of the Minister (art.8/f.1).

Within the framework of the authority granted by the Undersecretariat to itself in Insurance Code-Article 33/A, a nuclear insurance model based on the grounds of establishing a nuclear insurance pool system comprising of companies with the financial capacity to meet the requirements for nuclear risks in the sector, assigning the public legal entity to this pool system, if deemed required, granting certain exemptions as granted to TCIP (Turkish Catastrophe Insurance Pool), as well as the Government to undertake a certain amount for the damages on compulsory insurance coverage possesses the characteristics of an option, which can be discussed reasonably. In fact, it can be possible to rezerve fund in a size larger than the compulsory liability insurance limit via the power station operators contributing in the part as undertaken by the Government, after the number of power station operators increase, as in Amerika and most of the nuclear states. While there is currently a structure as specific to natural disasters, the special structure to be established against nuclear risks being articulated to the aforementioned Law, is considered as another alternative to us.

CONCLUSION

The international nuclear responsibility and compensation regime has been established by many states in different positions at the point of nuclear energy. Just after Chernobyl disaster, certain concrete steps were taken in order to establish a more global and new system by means of interconnecting two main international regimes that are not suitable for the current condition in 1988, thus undersigning the Mutual Protocol. In 1997, Vienne Protocol - 1997 for Vienna Convention and the Convention Concerning The Supplementary Compensation Of Nuclear Damage were engaged as the new distinctive factors of the system. The revision studies initiated on the following years on Paris and Brussesls Convention as the other side of the Regime were tried to put into action with the Protocols completed in 2004.

However, it is a concrete fact that most of the regulations could not be put into practise due to both political and legal reasons, and that most countries behaved timidly in this matter. Apart from having regional characteristics in the area of application, the conventions are also criticized for being geographically distant to many states, in terms of

their areas of application. Further to that, many developed countries currently possessing more than 20% of the global nuclear energy capacity are not even a member of any convention, comprising the international nuclear energy regime, based on political and economical reasons. Today, there are only 60 countries that are a party to any convention, or regulating the nuclear liability regime within their own domestic law regulations. Pelzer compares this situation not to a global nuclear liability regime, but rather to a regime constituted as a rag bag. Therefore, in case of a possible nuclear accident occurring today, there is a number of challenges to be overcome evolving out of international private law, constituting an impediment for an efficient compensation mechanism. Even though almost every country in Europe is a party to either Paris or Vienna Convention, all of them not being a member to the Mutual Protocol conceives the possible conflict in the laws in terms of proceeding. Even USA signing the supplementary compensation contract does not convince the countries with developed nuclear industries like China, Iran, Israel, Korea, South Africa.

One of the other aspect of this matter, which cannot be ignored is the nuclear insurance market. The insurance representatives point out the challenges to be confronted in the insurance market with regards to providing coverage for the operator's liability limit, of which level has been increased within the scope of the conventions, taking the national insurance markets and re-insurance capacities into consideration not in every country yet in most of them. Therefore, the liability levels are being attempted to be determined as per the limitations set forth by the insurance market, thus making the legislators as captives to the insurance industry. As a consequence, it is not an unexpected situation for the effective dates of revisions to delay more and more, within the scope of the directions and expectations of the insurance market.

Another challenge faced in the insurance market is caused by the objective of increasing the prescription period for physical injuries and damages to 30 years. Particularly the requests depending on the cancer contingencies claimed to occur as a result of being exposed to ionized radiation many years after the accident seems like a critical handicap for insurers, taking the problems to be confronted where the causal relation between the illness and the accident is to be set.

Including the environmental damages and preventive measures within the scope of the damage in recent years is quite worrying with regards to the application of insurance.

Another problem concerning the nuclear liability insurance policies is that there is no provision concerning the compensation for damages on the business itself, including the properties in it, within the international conventions. The justification for this exception is the prevention of the financial coverage being used on this kind of property damages rather than being used on third parties. However, both the operator and the owners of the properties within the facility take account of the losses they may suffer due to such damages, thus adding it in the service charges.

While there are that many problems and challenges globally, which are required to be solved, concerning the nuclear liability regime and nuclear insurance application, the financial size of the insurance sector in Turkey, as well as the apprehensions towards nuclear risks, and the absence of a projected concerning the insurance application will keep this subject matter discussed for a length of time.

REFERENCE LIST

Ampovska, Marja (2017), "Nuclear Insurance Pools Worldwide: The Role in The Nuclear Law" Balkan Social Science Review 9, (7-21).

Aydoğdu, Murat (2009), Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletenin ve Nükleer Madde Taşıyanın Hukuki Sorumluluğu, Ankara, Adalet Yayınevi.

Beyens, Mark (2014), "The EU Tentative to Harmonise Nuclear Liability Amaong The EU Memeber States", Nuclear Liability& Insurance, Nuclear Law in Progress Buenos Aires INLA, (663-671).

Burns, G. Stephen/Vasquez-Maignan, Ximena (2014), "Progress Towards A Global Nuclear Liabilty Regime", Nuclear Law in Progress, Congress-Buenos Aires INLA (633-653).

Cavers, David F. (1964), "Nuclear Energy, Tort Liability and Financial Protection", Nuclear Energy, Public Policy and The Law, New York University School of Law, (59-76).

Charreton, Pierre (2014), "Towards A Necessary Optimization of The Nuclear Liability Regimes", Nuclear Law in Progress, Congress-Buenos Aires INLA, (653-663).

Déri, Kataalin (1999), "Insurance Agreement Covering the Paks NPP", Reform of Civil Nucelar Liability, Budapest Symposium 1999, Nuclear Energy Agency, (399-405).

Gabartas, Herkus (2014), "The Challenges for Co-Existence and Harmonization Of Different Nuclear Liability Regimes in The European Union", Nuclear Law in Progress, Congress-Buenos Aires INLA, (763-789).

Güneysu, Gülin (1989), "Legal Liability Evolving Out of The Damages Caused by Nuclear Reactors", Ankara University- Law School Journal, 1989-1990, Volume 41, Issue 1-4, (207-223).

Kremen, David (1999), "Nuclear Liability Regime in The U.S.A." In: Seminar on Nuclear Law and Liability, 8-9 September 1999 Ankara, (1-6).

Kocaoğlu, Necip Kağan (2010), "Nükleer Tesis İşletenin Hukuki Sorumluluğu: Karşılaştırmalı ve Uluslararası Özel Hukuk Analizi", Ankara Barosu Dergisi, 2010 (2), (33-112).

Kolehmainen, Heikki (1999), "The Modernisation Of the Internetional Nuclear Third Party Liability Regime-Does Exclusive Liability still Make Sense?", Budapest Symposium 1999, OECD NEA Publications, (453-463).

Korkusuz, Mustafa (2012), Nükleer Santral İşletenin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, Beta Press.

Mohan, Ram (2015), Nuclear Energy and Liability in South Asia, Institutions, Legal Frameworks and Risk Assessment within SAARC, New Delhi, Springer.

Nocera, Fabrizio (2005), The Legal Regime of Nuclear Energy, A Comprehensive Guide to International and European Law, Antwerpen-Oxford.

Nomura, Toyohiro/Hokugo Taro/Takenaka, Chihiro (2012), "Japon's Nuclear Liability System", Legal Affairs OECD NEA, (15-29).

OECD (1994), Liability and Compensation for Nuclear Damage, An International Overview, Paris, OECD NEA.

OECD (2016), Nuclear Legislation in OECD and NEA Countries, Regulatory and Institutional Framework for Nuclear Activities, U.S., Paris, OECD NEA. <(https://www.oecd-nea.org/law/legislation/usa.pdf-)>.

Özer Kabukçuoğlu, F. Dilek (2012), Sigortacılık Kanunu Şerhi, İstanbul, Oniki Levha Yayınevi.

Pelzer, Nobert (1999), "Focus on The Future of Nuclear Liabilty Law, Reform of Civil Nuclear Liability", Budapest Symposium, OECD NEA Publications, (421-453).

Pelzer, Norbert (2010) "Main Features of the Revised International Regime Governing Nuclear Liabilty-Progress and Standstill International Nuclear Law: History, Evolution and Outlook", 10 thAnniversary of the International School of Nuclear Law, OECD NEA No:6934, (pp.355-387).

Quattrocchi, John L. (1999), "Nuclear Liability Insurance in The United States: An Insurer's Pective", Reform of Civil Nucelar Liability, Budapest Symposium 1999, Nuclear Energy Agency, (383-399).

Reitsma, Sebastiaan M.S.;" Nuclear Insurance Pools: World-wide Practice and Prospective", Swiss Nuclear Insurance Pool, <http://www.iaea.org/inis/collection/NCLCollectionStore/_Public/31/051/31051428.pdf, >.

Sands, Philippe/Galizzi Paolo (1999), "The 1968 Brussels Convention and Liability for Nuclear Damage", Budapest Symposium, OECD NEA Publications, (475-507).

Saxena, Vaibhav (2014), "Nuclear Liability, New Dimensions and Emerging Trends, Nuclear Law in Progress", Nuclear Law in Progress, Congress-Buenos Aires INLA, (681-695).

Schwartz, A. Julia (2010), "Liability and Compensation for Third Party Damage resulting from a Nuclear Incident" International Nuclear Law: History, Evolution and Outlook, 10 th Anniversary of the International school of nuclear law, OECD NEA No:6934, (307-355).

Tetley, Mark (2014), "Nuclear Insurance, Yesterday, Today, Tomorrow", Nuclear Law in Progress, XII INLA Congress-Buenos Aires, (709-727).

Thomas, Anthony/Heffron J. Raphael (2012), Third Party Nuclear Liabilty: The Case of a Supplier in the United Kingdom, University of Cambridge. <http://www.econ.cam.ac.uk/research-files/repec /cam/pdf/cwpe1207.pdf>.

Trevor, J.P.H (1969),"Principles of Civil Liability for Nuclear Damage", Nuclear Law for a Developing World, Vienna, IAEA, (109-115).

Ulusan, İhsan (1996) "Türk Hukukunda Nükleer Zararlardan Doğan Hukuki Mes'uliyet", Prof. Dr. Halit Kemal Elbir'e Armağan, İstanbul, (551-563).

WEB SITES

http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=199&InstrumentPID=195&Lang=en&Book=

http://sdr-ozel-cekme-hakki.tlkur.com/euro

https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2016-12-30/pdf/2016-31368.pdf

https://www.iaea.org/pris/

https://www.imf.org/external/np/exr/facts/tur/sdrt.pdf

https://www.nrc.gov/reading-rm/doc-collections/fact-sheets/nuclear-insurance.html

http://www.oecd-nea.org/law/paris-convention-ratification.html

https://www.tsb.org.tr/resmi-istatistikler.aspx?pageID=909

http://www.world-nuclear.org/information-library/safety-and-security/safety-of-plants/liability-for-nuclear-damage.aspx,

www.nuclearinsurance.com, ANI-Brouchure.pdf

PUBLIC ORDER INTERVENTION ON THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN COURT DECISIONS

Dr. Öğr. Üyesi Gizem ERSEN PERÇİN[*]
Arş. Gör. Dilara BAYTAROĞLU[**]

ABSTRACT

The issue of recognition and enforcement of foreign court decisions in Turkish Law is regulated between the 50th and 60th articles of the Act on Private International and Procedural Law (MÖHUK) entered into force on 12.12.2007 and numbered 5718. In accordance with these regulations, one of the conditions required for achieving recognition or enforcement of a judgement of a foreign court in Turkey is; "These judgemets shall not manifestly contrary to the Turkish public order."

In our study, firstly the concept of public order in private international law and the scope of this concept will be mentioned, and then a brief information will be given about the criteria which are sought in the recognition and enforcement of foreign court decisions in Turkish private international law. Subsequently, it will be focused on the "public order" intervention and given detailed comparative information of which is the subject of our study. At this point, the theory of extenuated effect explaining public order intervention and the purpose of this intervention will be explained. Within the framework of the prohibition of revision, the boundaries of public order intervention and the limits of discretion of the judge shall be examined in the context of basic and procedural criteria. In the course of these examinations, in addition to the Turkish doctrine, the views of the German doctrine on the subject will be discussed and the theoretical knowledge will be tried to be concretized in the light of Turkish Supreme Court decisions.

Keywords: Recognition, Enforcement of Foreign Court Decision, Public Order, Prohibition of Revision, Theory of Extenuated Effect, Justified Decision

[*] İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk A.B.D. Öğretim Üyesi, gizem@percinlaw.com, ORCID ID: 0000-0003-1724-4012

[**] İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk A.B.D. Araştırma Görevlisi, dilarabaytaroglu@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-5714-4628
(Geliş Tarihi:15.04.2019 - Kabul Tarihi:27.06.2019)

YABANCI MAHKEME KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZİNDE KAMU DÜZENİ MÜDAHALESİ

ÖZET

Yabancı mahkeme kararlarının Türk Hukukunda tanınması ve tenfizi, 12.12.2007 yürürlük tarihli ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu'nun (MÖHUK) 50. ve 60. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere uygun olarak, Türkiye'de bir yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizi için gerekli şartlardan biri; "hükmün kamu düzenine açıkça aykırı olmaması" dır.

Çalışmamızda öncelikle milletlerarası özel hukuk bağlamında kamu düzeni kavramı ve bu kavramın kapsamı ele alınmış, ardından Türk mahkemesinde yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde aranan koşullar hakkında kısa bir bilgi verilmiştir. Daha sonra çalışmamızın konusu olan "kamu düzeni" müdahalesi üzerinde durulmuş ve bu konuda detaylı ve karşılaştırmalı bilgiler verilmiştir.

Bu kapsamda, kamu düzeni müdahalesini ve bu müdahalenin amacını açıklayan "hafifletilmiş etki teorisi" incelenmiştir. Revizyon yasağı çerçevesinde kamu düzeni müdahalesinin sınırları ve hâkimin takdir yetkisi sınırları, temel ve usule dayalı kriterler bağlamında incelenmiştir. Konuyla ilgili Türk doktrininin yanı sıra, Alman doktrininin konuyla ilgili görüşleri tartışılmış ve Yargıtay kararları ışığında verilen teorik bilgiler somutlaştırılmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Kamu Düzeni, Revizyon Yasağı, Hafifletilmiş Etki Teorisi, Gerekçeli Karar

I. THE CONCEPT OF PUBLIC ORDER IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

In the disputes involving the foreign element, which is the subject of private international law, the judge investigates the applicable law in accordance with the rules of conflict of laws, firstly characterizes the concrete conflict within the framework of legal concepts and determines the law applicable to the dispute[1]. The law determined by the rule of conflict of laws may be the law of the judge (lex fori) or foreign law. The application of foreign law is subject to the contradiction of the public order in terms of the judge's law (lex fori)[2].

In private international law, the meaning of public order is different compared to the meaning of domestic material law, but more it is limited by the terms of the scope[3]. Public order in domestic law is the rule arising from the public law that the parties must comply with. Essentially, they deal with the interests of society. It is not possible for the parties to determine any issue against these rules within the framework of free will[4]. If the public order in the sense of private international law is not contrary to the law of the judge (lex fori), the provision of the foreign law to a particular event does not necessarily mean the

---

1 **Tekinalp, Gülören** (2011) Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, Extended 11th edition, İstanbul, Vedat Kitapçılık, p.52; **Yağcı, Salim Serdar** (2017) 'Milletlerarası Özel Hukukta Vasıflandırma', D.E.U Journal of Faculty of Law, V: 19, p.2637.

2 As It will be explained in more detail later, in addition to the fundamental rights and freedoms set forth in our constitutional arrangements, the case-law of the European Court of Human Rights (ECHR) should be taken into account in the context of public order intervention. See. **Şanlı, Cemal/ Esen, Emre/ Ataman Figanmeşe İnci** (2018) Milletlerarası Özel Hukuk, 6th Ed. Istanbul, Vedat Kitapçılık, footnote.131; **Celikel, Aysel/ Erdem, Bahadir** (2017) Milletlerarası Özel Hukuk, 14th Ed. Beta, p.138; **Tütüncübaşı, Uğur** (2014) Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Turk Hukukunda Tanınması, Adalet, p.174; **Tarman, Zeynep Derya** 'Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Bazı Tespitler', Public and Private International Law Bulletin, V: 37, I: 2, p.811; **Hoffmeister, Frank /Kleinlein, Thomas** (2013) 'International Public Order', Max Planck Encyclopedia of Public International Law, <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1430> l.a.d. 06.11.2018.

3 **Ekşi, Nuray** (2013) Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, İstanbul, Beta, p.279; **Çelikel/ Erdem**, p. 139.

4 **Demir Gökyayla, Cemile** (2001) Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, Seçkin, p. 36; **Tanrıbilir, Feriha Bilge** (2010) '5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine', TBB Dergisi, S: 87, p. 195-227.

intervention of public order. The reason for this is that each state's legal system is created with different social economic and political aims[5]. In order to be able to speak of the violation of public order in the sense of private international law, the results of the foreign law applied must be clearly contradictory to the Turkish public order[6].

The definition of this concept is very important in terms of determining the violation of public order. However, it is very difficult to define public order with a general conceptual explanation. Because the concept, without the boundary[7], meaning and scope of time[8], depending on the space and the conflict with a general norm is not possible to determine the changes[9]. For this reason, it is not possible to reach a general definition of public order by counting the elements one by one, but various definitions can be made by doctrine and the jurisprudence of the court[10]. In the following, the definitions of public order in Turkish doctrine and jurisprudence will be mentioned and then definitions in foreign doctrine and jurisprudence will be mentioned.

Perhaps the most commonly mentioned and comprehensive definition about public order is took place in the decision of Supreme Court of Appeals

---

5 *"As a rule, the differences between legal systems do not connstitute an obvious fort he public order. However, there may be some exceptions to this rule. In some countries the civil death ve and "religious death" institutions have been accepted. In countries accepting these establishments, it is considered to be a fact of death when the person closes himself/herself to the church or is sentenced to life imprisonment,* **Ekşi**, p.285.

6 **Demir Gökyayla**, p.37.

7 For this reason, it is not possible to state as a limitation of the situations that are contrary to public order. For detailed information, see. **Akıncı, Ziya** (1994) Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, Ankara, Vedat Publications, Ankara, p.160.

8 In Turkish law, the most obvious example of this is the acquisition of the Turkish Civil Code (MK) in 1926. With this law, innovations such as the prohibition of polygamy, the protection of the rights of the person and the realization of the divorce by court decision have revised the understanding of Turkish public order from the beginning. In French law, the issue of the variability of public order in terms of time is called the topicality of public order. See. **Demir Gökyayla**, p.29; See also. **Tiryakioğlu, Bilgin** (1996) Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, Ankara, p. 24 et al.

9 **Demir Gökyayla**, p. 23-24; **Çelikel/ Erdem**, p. 139; **Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe**, p.72 et al.; **Tekinalp**, p.52.

10 **Nomer, Ergin** (2018) Milletlerarası Usul Hukuku, Beta, Istanbul, p. 123; **Dolunay, Ayhan** (2015) Türk Hukukunda ve Kıbrıs Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, On İki Levha Publishing, Istanbul, p.92.

dated 10.02.2012[11]. According to the decision, public order expressed as; "*...it can be drawn as basic values, general conception and morality of Turkish law….. the fundamental justice approach and the general politics on which the Turkish law is based on……. the fundamental rights and freedoms in the Constitution, the common principles of international law, the rules based on the principle of goodwill belonging to the private law…… society's civilization level, political and economic regime, human rights and freedoms protected in the country* [12]" In this regard, the expression serves as a guide to the Supreme Court of Appeal in the evaluation of public order violation[13].

There are various views on the doctrine about under which circumtances the foreign law will be considered as contrary to public order. According to Çelikel- Erdem: *"The rules of public order are all bases that provide a good service of public services in a country, security and public order of the state, and conformity with the principles of peace and ethics in the relations between individuals*[14]*."*

According to Şanlı: *"In order for a foreign decision to be considered as contrary to the Turkish public order, the provision and/or provisions in the decision must be contrary to the basic principles of the Constitution or the legal system (indispensable principles) and against the general customs and morals of Turkish society*[15]*."*

According to Tekinalp: by public order; *"the fundamental values of national law such as equality, protection of the family and personality are tried to be preserved*[16]*."*

---

11 E.2010 / 1, K. 2012/1, Date: 10.02.2012 (www.kazanci.com.tr).

12 The Supreme Court of Appeal 2. H.D., E.2007 / 16684, K.2008 / 16665, Date: 04.12.2008 (www.kazanci.com.tr). According to the decision, public order, improper application or misapplication of Turkish law does not constitute an obstacle to public order. In the case of violations of the values which constitute the basis of the Turkish legal order and which cannot be given up, it can be mentioned that public order is clearly violated. Inin; AYM., E.63-128, K.64-8, Date. 17.04.1964 (http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/cff72841-041c-4fd7-af60-1a929e43d2e8

13 **Demir Gökyayla**, p.26; For a similar definition, see. **Mutlu, Işıl Umut** (2003) Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeninin Etkisi, Ankara University Institute of Social Sciences, Ankara, Unpublished Master Thesis, p.20.

14 **Çelikel/ Erdem**, p.140;

15 **Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe**, p.78.

16 By: **Dayınlarlı**, Kemal Public Order, p.8 et al; **Demir Gökyayla**, p.25.

According to Gürzumar, *"It is a set of legal, moral and conscientious principles that must be complied with in order for the society to live a peaceful and harmonious life*[17]*."*

According to Gökyayla: *"It is a set of rules that protect the basic structure and interests of society... and it is a general and comprehensive concept that is unidentifiable, trying to be embodied in the provisions of the law, at the discretion of the judge at the discretion, is deficient and unclear*[18]*."*

As a result, public order is "extensive, obscure, relative and variational[19]".In general, it is a set of representative rules that represent the basic values of the Turkish society and which highlight the social interests, are ambiguous in their meaning and scope, ultimately left to the discretion of the judge.

Another issue, internationaly associated to the concept of public order is related to the nature of the concept. Should public order considered as an exceptional rule as a "lex fori" application or as an independent binding rule? The international doctrine has two different approach to answer this question. According to the first view, where lawyers such as Mancini and Pillet are pioneers, the rules of lex fori should be applied to the conflict, instead of the rules of foreign law which are contrary to public order of lex fori[20]. According to the second view where Savigny is a pioneer, the rules of public order are not applied directly, and they are exceptions. It is possible to apply the relevant rules of the foreign law which are not contrary to public order of lex fori[21]. Applying the rules of lex fori should be the last solution.

---

17 **Demir Gökyayla**, p.32.

18 **Çelikel/ Erdem**, p.140; **Demir Gökyayla**, p.32.

19 By: **Dayınlarlı,** p.8 ff; **Demir Gökyayla**, p.25.

20 The idea of collecting all nations under the umbrella of a single Italian union, Mancini, stated that it is imperative to take into account the nationalism demands of people from different nationalities. For detailed information **J.Koster**, 'Public Policy in Private International Law', Yale Law Journal, V: 29, I: 7, p.750.

21 Savigny states that there are two types of law provisions. First one is for the interests of persons; the second is for the interests of society. A law provision which is contrary to the interests of the society will not be applied because it will be considered as contrary to public order. See. **Çelikel/ Erdem**, p.140.

II. SCOPE OF PUBLIC ORDER IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

It is not easy to determine the scope of public order also. The scope of public order has been evaluated from different perspectives in the private international law doctrine.

According to Ekşi, there are basically three elements within the scope of public order: *"First, conventions on human rights and fundamental rights and freedoms guaranteed by our Constitution. The second issue is the basic principles of law and the third point is the morality of Turkish society*[22]*."*

According to Demir Gökyayla: *"Contradiction to the basic values of Turkish law, the general conception and morality of Turkish law, the basic justice understanding behind the Turkish law, the general politics on which the Turkish laws are based, the basic rights and freedoms in the Constitution, the common principles in the international law, the principles of bona fides based on the principles of goodwill in private law, the principles of morality adopted by the civilized communities and the principles of justice, the principles of law, the civilization level of society, political regime, society's economic order, the basic human rights..."* is contrary to public order.

The Supreme Court of Appeal has determined the scope of public order in a decisions follows: *"The criterion that should be taken into consideration in determining the violation of the public order…… the basic values, general conception and morality, the basic justice approach of Turkish law…… and the basic politics of the law, the constitutional rights and freedoms, general principles of international law, bilateral agreements, common sense of morality and justice adopted by the developed societies, civilization level….the political and economic regime of the country*[23]*."*

It is not possible to determine the scope of public order in every case. Therefore, in every concrete case, the facts which violate the Turkish public order should be determined separately. However, the difficulty of this finding is obvious.

The scope of public order in terms of Act on Private International and Procedural Law (MÖHUK) is set out in Article 5 in terms of the determination

---

22 **Ekşi**, p.280.

23 E.2010 / 1, K.2012 / 1, Date: 10.02.2012 (www.legalbank.net).

of the law to be applied. The provision coincides with the provision of public order in German law. Pursuant to Article 6 of the German Private International Law Act (EGBGB); "It does not apply if applying the foreign law leads to conclusions that are clearly incompatible with the basic principles of German law and are not particularly compatible with fundamental rights[24]." Similarly, according to Article 5 of the MÖHUK;

"This provision shall not apply if the provision of the competent foreign law to a particular event is clearly contrary to the Turkish public order; Turkish law is applied when deemed necessary."

The first requirement for the application of this regulation is the existence of a provision contrary to public order. If the legal consequence of the application of foreign law violates the Turkish public order and conscience at an intolerable level, and according to expression of the law the violation of the law is "explicitly", the implementation of foreign law due to the disability of public order[25]. Here, the judge has a wide discretion. The judge can use his/her discretion to broaden the area of intervention of public order or he/she may narrow it down. In our opinion, the "explicit" statement contained in the judgment has very limited nature to the broad discretion. On the other hand, the fact that foreign law has a different legal arrangement compared to Turkish law which includes the same regulation does not provide any contradiction to Turkish public order. The search for a law that overlaps between foreign law and Turkish law cannot go beyond being inconclusive. The legislators of each state en-

---

[24] EGBGB Art.6: *"Eine Rechtsnorm eines anderen Staines ist nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich."* According to the German doctrine, the aim is to compare the results of the implementation of German law with a foreign country law, which is targeted by the EGBGB m.6. It was stated that, in the event that the provisions of the foreign law applied to a particular event did not comply with the fundamental rights envisaged in German law, it constituted an indirectly enforceable reservation. See detailed explanations; **Özden, Bülent** (1993) Alman Mahkemelerinde Kamu Düzeni Kavramının Uygulanması, Journal of Comparative Law Studies of Istanbul University, I: 19, p. 101.

[25] **Ökçün, Gündüz** (1967) Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, Ankara University, Ankara. **Çelikel/ Erdem**, p. 145; **Şanlı/ Esen/ Ataman Figanmeşe**, p. 75; **Tütüncübaşı**, p. 179.

visage the necessary arrangements within the framework of different legal, economic, political and social objectives. Therefore, the purely social rule differences should not require public order intervention[26].

The explicit contradiction of the result of applied foreign law to the Turkish public order requires application of Turkish law only when deemed necessary. Therefore, it is not always inevitable to implement Turkish law instead of foreign law which is impeded by Turkish public order. Failure to implement foreign law due to violations of Turkish public order shows the negative effect of public order. The application of a certain provision in Turkish law to a concrete case, which is contrary to public order, is explained by the positive effect of public order[27].

Another point that is effective in evaluating the scope of the concept of public order is the relationship between the parties of the case and the country where public order intervention is mentioned in disputes involving foreign element. In such cases that; one or both parties are Turkish citizens or the legal relationship intended to be held in Turkey the possibility of public order intervention increases[28]. It should be noted that in many decisions, the Supreme

---

[26] For example, the mas statute of limitations in the case-law of the Supreme Court of Appeal has not been regarded as an provision which requires the application of Turkish law directly. The fact that the statute of limitation prescribed by the foreign law is different from Turkish law, does not require Turkish public order intervention alone. The intervention in question is only in cases where the statute of limitations prescribed by the foreign law is too short or too long. See. **Şanlı/ Esen/ Ataman Figanmeşe,** footnote. 155; **Atakan, Arda** (2007) 'Kamu Duzeni Kavramı', MÜHF-HAD, V: 11, I: 1-2, p. 80.

[27] According to one view, the public order has been overwhelmed by the positive impact of public order. The main purpose of the public order is to preserve the basic principles of the country in which the proceedings take place. See about this opinion. **Demir Gökyayla**, footnote.72. Another point of view in the doctrine should not be a double distinction for the effect of public order. Public order has a one-way effect only for the implementation of the lex fori. See about this opinion. **Demir Gökyayla**, footnote. 68.

[28] In a previous decision of the Supreme Court of Appeal, the role of public order intervention was determined by taking into account the citizenship of the parties. According to the relevant part of the judgment, the case concerned the request of the husband and wife of the foreign nationality to be allowed to adopt their grandchildren according to national law. In the case, the plaintiffs were American nationals, and according to US law, they requested permission to adopt the submitted a certified copy of the Turkish legislation into Turkish. The court, which examined the national laws of the applicants, stated that the provisions on this matter did not comply with the Turkish law and rejected the request for violating the

Court of Appeal has made rather erroneous assessments, categorically counting the circumstances that require public order intervention, regardless of the legal nature and consequences of the relevant provision of foreign law. Areas such as "adoption[29]", "alimony[30]", and "wardship[31]" and are listed among the cases requiring direct Turkish public order intervention in some decisions[32].

Turkish public order. The fact that the plaintiffs adopt a child (grandson of his or her nationality) according to their national laws cannot be regarded as contrary to Turkish public order. If it is necessary to make the necessary examination within the framework of the national laws that the plaintiffs submitted and the result should be decided on the merits of the request, the rejection of the case with the reasons and thoughts that do not comply with the case is against the law and the law E.1983 / 5550, K.1983 / 5697, Date: 23.06.1983 (www.kazanci.com.tr); For decision, see. **Şanlı/ Esen/ Ataman Figanmeşe,** footnote. 136.

29 Supreme Court of Appeal 2. H.D. No. 3,193 / 5550, K. 1953/5697, Date. 23.06.1983; 2. H.D, E.2004 / 6944, K.2004 / 7910, Date: 15.06.2004; 2. H.D., E.2003 / 8317, K. 2003/9830, Date: 30.06.2003; For decisions, see. **Tarman, Zeynep Derya** (2011) 'Milletlerarası Evlat Edinme Hukukunda Kamu Düzeni Engeli', AUHFD, S: 2, s.333-365; **Şanlı/ Esen/ Ataman Figanmeşe**, footnote. 148.

30 For example, see Decisions. The Supreme Court of Appeal 2. H.D, E.1993 / 11964, K.1994 / 1059, Date: 02.02.1994; The Supreme Court of Appeal 2. H.D., E.3653, K.3604, Date.05.07.1965; Supreme Court of Appeal 2. H.D, E.380, K.3689, Date: 07.11.1955. For decisions, see. **Şanlı/ Esen/ Ataman Figanmeşe,** footnote. 149.

31 For example, see decisions. SupremeCourt of Appeal 2. H.D., E.2000 / 8043, K.2000 / 8641, Date: 23.06.2000; Supreme Court of Appeal 2. H.D, E.4443, K.17022, Date: 06.12.2005; For decisions, see. **Şanlı/ Esen/ Ataman Figanmeşe**, footnote. 151.

32 Perhaps the most controversial topic is the custodian. In its earlier judgments, the Supreme Court of Appeals stated that only one of the spouses had the right of custody as required by Turkish Civil Code art.336, and therefore the joint custody of the child's custody to both the mother and the father was considered to be against the Turkish public order. See. **Süzen, Begüm** (2015) 'Yabancı Mahkemelerden Verilen Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi', Bahçeşehir University Law Faculty Journal, V: 10, I: 133-134, p.29 ff; The opinion on the common custody being against the Turkish public order was valid until the decision of the 2nd Court of Appeal Civil Chamber. In its decision, the Court of Appeal ruled that it was not possible to say that joint custody arrangements were openly against the Turkish public order or that it violated the basic structure and fundamental interests of Turkish society. The 2nd Court of Appeal Civil Chamber., E.2016/15771, K. 2017/1737, Date: 20.02.2017 (www.kazanci.com.tr). Following the decision of the Court of Appeal, in the case of the termination of divorce, the principal custody of the parental custody is the exception to be given to one of the spouses. For the detailed explanations see also. **Apaydın, Eylem** (2018) 'Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği', İnÜHFD, V: 9, I: 1, p.449. In our opinion, the abandonment of the understanding on joint custody is absolutely contrary to the Turkish public order. When the decisions of the Supreme Court of Appeal in Turkey before 2017 are examined, no clear information can be obtained about the reasons

CONCEPTS OF RECOGNITION AND ENFORCEMENT IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

As a rule, the jurisdiction, which is part of the sovereignty of states, is used within the borders of the country. In other words, states cannot exercise their jurisdiction in any other state. However, in some disputes, a court decision within the jurisdiction of a state must also have provisions and consequences within the jurisdiction of another state. In such a case, the court's decision depends on the recognition and /or enforcement of the decision to be made in the foreign state. Therefore, to mention the concepts of recognition and enforcement requires first of all to mention the two states[33].

The decisions made by a state court have ultimately two consequences. The first is the definitive decision and definitive evidence effect. The second is executability. A foreign court decision must be given "enforcement authority" (exaquatur[34]) in order to be able to give both a definite and executable effect. Recognition is the acceptance of a foreign court decision only in the state which recognizes the effect of a final judgment[35].

As can be seen, the recognition and enforcement of foreign court decisions are judicial procedures that produce different results. The recognition or enforcement of a foreign court decision will be determined according to the content of that decision

on which the common custody violates the Turkish public order. As a matter of fact, we believe that it is very difficult to defend that the joint custody institution which is established in accordance with the best interests of the child is contrary to public order. Fort he same opinion see also. **Çelikel/ Erdem**, p. 141.

33 In some federal states, the court decision of one state may require recognition to result in the other state. For detailed information, see**. Ekşi**, p. 2.

34 More explanations about the term "Exaquatur" see;, **Demir Gökyayla,** p. 39.

35 In the Law No. 2675, the enforcement of foreign court decisions of enforcement is defined in Article 34. According to the regulation, the recognition process is more narrow than the enforcement. Recognition seems to be a more extensive process. In the absence of the plaintiff's request to be seen in the form of recognition and both of them should be decided in one of the two to decide whether the decision is contrary to the procedure and the law and requires the distortion Supreme Court 13. HD, E.2001 / 9007, K.2011 / 11406, Date: 05.12.2001 (www.kazanci.com.tr). For decision, see. **Ekşi**, p. 10.

III. CONDITIONS FOR THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN COURT DECISIONS IN TURKISH PRIVATE INTERNATIONAL LAW

The recognition or enforcement of a foreign court decision, as explained in a supra-heading, differs in the impact of that foreign court decision. Therefore, the conditions for recognition or enforcement of a foreign court decision are not exactly the same. In the case of the enforcement of foreign court decisions according to MÖHUK (No. 5718), the conditions of "reciprocity[36]" are sought in addition to all the conditions required for recognition.

The fact that a foreign court decision may be subject to recognition or enforcement depends primarily on the provision of certain preconditions. These preconditions are defined as follows in Article 50 of MÖHUK;

"(1) The implementation of final judgements given according to the state law on civil cases by foreign courts in Turkey is depending on the judgments given by the competent Turkish court."

As to examine these preconditions one by one;

1) The decision subject to enforcement claim must be submitted by a foreign state court. In other words, except for the judicial organs of foreign states, for example, the decisions of the administrative bodies are not in this context. The exception is in Article 30 (2) of the Law on Population Services. According to the provision, if the administrative decisions of the foreign states of adoption are finalized according to the law of the state in which they are granted, it can be subject to recognition and enforcement. Moreover, in the Agreement on the Recognition and Enforcement of Decisions on the Obligation of Alimony, which is Turkey also a signatory, it was stated that the decisions given by the administrative authorities of the Contracting States could be recognized and enforced.

2) The decision should be related to civil cases. In the second criterion, the fact that the foreign court decision is related to the civil case means that the relationship to which the decision originates is to establish a private law relationship[37]. The parts related to personal rights of the criminal sentences given

---

[36] In the Article 24 of the Law No. 2675 on the recognition in MÖHUK, there was no requirement of observance of the rights of defense, in addition to the criterion of reciprocity. See. **Çelikel/ Erdem**, p. 723.

[37] **Eksi,** MOHUK m. 50 f.1, the expression of "civil cases may cause a wrong interpretation, including lawsuits arising from both private and public law, and in the text of the law, as in the case of the European Union regulations," cases related to civil and commercial matters de. it states. See**. Ekşi**, p. 120-122.

by the foreign state courts can be made subject to recognition and enforcement. (MOHUK Article 50(2))

3) The decision which is requested to enforce must be finalized by the foreign state court in which it was issued. Recognition-enforcement procedures cannot be applied for an unfinalized court decision. According to the doctrine, there are different views on what it means for a final judgment to be made by a foreign state court. According to an opinion, it is sufficient that the decision is finalized formally according to the law of the foreign state. According to another view, it is not sufficient the decision to finalized formally[38]. In addition, the decision must be finalized substantively[39]. Pursuant to Article 55 of MÖHUK, It was stated that; *"...the translation which was confirmed by the authorities of the country and that had been approved by the authorities of the country, should be submitted..."*

A court decision with these characteristics, it must be comply with Article 54 of the MÖHUK to enforce and also the essential conditions in Article 58 of the MÖHUK for recognition, and it is essential that can be able to adopt the basic conditions of the decision, so that Turkish courts can decide whether or not recognized by the Turkish courts.

Pursuant to Article 54 of MÖHUK, making desicion of enforcement by a component court is subject to the following conditions:

"a) "There is an agreement based on reciprocity between the Republic of Turkey and the state where the judgment given or in that state the existence of a legal provision enabling the enforcement of the proceedings from the Turkish court or an actual practice.":

In the recognition of foreign court judgments, reciprocity is not a demanded condition unlike enforcement; It refers to a general principle that the right of both citizens to benefit from certain rights is based on the mutual recognition of the same rights between Republic of Turkey and state of foreign judgments given where enforcement is requested[40]. There are three types of reci-

[38] **Demir Gökyayla**, p. 40-41; **Nomer, Ergin** (2010) 'Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Tanınmasında Kesinleşme Şartı', Istanbul, Erdoğan Moroğlu's 65th Birthday Award, 2nd Ed., p. 911.

[39] **Şanlı/ Esen/ Ataman Figanmeşe**, p. 477.

[40] In Turkish law, the principle of reciprocity has been adopted in international conventions as well as in some other laws, except for MÖHUK. For example, the Law on Advocacy m.85 (g),

procity: the first is the "contractual reciprocity" that expresses the fact that reciprocity is born in accordance with a contractual relationship; the second is the "legal reciprocity" that expresses the state of the provision of certain rights for citizens of a given state through the law. The third is the actual reciprocity. Accordingly, the execution of the decision of the Turkish court with the same attribute in the State which has been made the desicion of requested enforcement[41].

b) The sentence is given in a subject not covered by the exclusive jurisdiction of the Turkish courts or the sentence was not made by a competent court of state, even though it had no real relationship with the case or the parties on condition that the defendant to object.

The concepts are "exclusive competence" and "excessive competence" included by MÖHUK Article 54(2) within the second condition of recognition and enforcement of foreign state court statements. In terms of the concept of exclusive competence, it expresses that only the Turkish courts have absolute authority to rule the case[42]. It should be noted that the "definite competence" rule pursuant to the Code of Civil Procedure (HMK) (No:6100) may not coincide with the cases establishing exclusive competence. It is also possible that both concepts have the same meaning in some cases. For example, cases arising from the immovable property are the definitive authority rule in the HMK (No. 6100), but it is also a rule that establishes the competence of Turkish courts in the sense of MÖHUK[43].

Another element mentioned in the article of the provision is related to definite competence. Article 54 of MÖHUK defined excessive competence as: *"..the sentence was not made by a competent court of state, even though it had no*

Labor Law, m.11 / II, Law on Foundations, art.2 / II. See detailed examples. **Celikel, Aysel/ Oztekin Gelgel, Günseli** (2018) Yabancılar Hukuku, 24. Ed., Beta, p. 66; **Arat, Tuğrul** (1964) 'Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi', AÜHFD, C: 21, S: 1-4, s. 421-527.

41 **Şanlı/ Esen/ Ataman Figanmeşe** p. 481; **Çelikel/ Gelgel**, p. 68.

42 **Sevig, Vedat Raşit** (1996) Milletlerarası Özel Hukuk Alanında Yetki Anlaşmasının Varlığı, İHFM, S: 3, p. 188**; Çelikel/ Erdem**, p. 642; **Şanlı/ Esen/ Ataman Figanmeşe**, p. 490.

43 See also the statement that the very strict application of the exclusive jurisdiction in cases related to the same property of the immovable property may not be in the interest of the parties in some disputes in the ordinary course of life and may even aggravate their situation. **Erkan, Mustafa** (2012) 'Bir Tabu: Taşınmazın Aynına İlişkin Davalarda Münhasır Yetki', SÜHFD, V: 20, I: 1, p. 12 ff.

real relationship with the case or the parties on condition that the defendant to object." As can be seen, unlike the other conditions that have been described so far, the excessive competence will only be examined upon the objection of the defendant[44].

c) The provision shall not clearly contradict public order[45].

ç) In accordance with the laws of the country, the person to whom requested enforcement against has not been duly summoned or he was not represented in court or in contravention of these laws, the person shall be convicted in absentia and that this person did not appeal to the Turkish courts against the enforcement of claims based on any of the above matters

Failure to comply with right of defence in foreign court decisions shall be taken into account only on the objection of the party, as in the case of recognition and enforcement of excessive competence[46]. An opinion expressed in the doctrine argues that, failure to comply because of the right of defense in the category of fundamental rights should be taken into consideration by the judge ex officio[47].

A foreign court decision shall be stubled on recognition or enforcement due to the non-observance of the defense rights contained in subparagraph Article 54/Ç of MÖHUK may be on the issues mentioned in the provision. Violations that cause a breach of the right to defense but not included in the cases considered to be counted as restraint in Article 54/Ç of MÖHUK can be evaluated within the framework of the provision in article 54/C of MÖHUK[48].

Pursuant to Article 57 of MÖHUK, in order to accept the final judgment or definitive evidence effect of foreign court decisions, *"(1) The fact that foreign court proceedings can be accepted as definitive evidence or a definite provision*

---

44 See also the statements of the Turkish courts that it is not possible for them to control it, even if the status of love is in question. **Ekşi**, p. 277.

45 The following sections of our study are examined in detail.

46 **Doğan, Vahit** (2015) Milletlerarası Özel Hukuk, 5. Ed., Savaş Yayınevi, s. 206 vd; **Celikel, Aysel** 'Enforcement of Foreign Court Decisions by New Law' <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/99838> l.a.d. 23.11.2018, p. 10.

47 For this view, see. **Huysal Burak** (2012) '6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Getirilen Yenilikler Işığında Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Konusunda Bazı Tespitler', V: 32, I: 1, p. 96.

48 **Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe**, p. 495; **Ekşi**, p. 308.

depends on the determination of the foreign enforcement by the court. It is envisaged that the paragraph (a) of the first paragraph of Article 54..." shall not be applied in recognition.

It is mandatory that the Turkish courts enforce a decision of a foreign court which fulfills the preliminary and essential requirements of the MÖHUK regarding the recognition and enforcement. However, the request for recognition or enforcement of a foreign court decision which does not meet the relevant requirements may be rejected[49]. In the event that the disputed case with the same parties and the case issue in the Turkish courts, in the case of the foreign court decision is not recognized or enforced, the relevant foreign court decision is considered as evidence[50].

IV. THE EXTENUATED EFFECT OF PUBLIC ORDER IN TERMS OF RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN COURT DECISIONS

As stated above, the fact that the foreign court decision to recognized or enforced by the Turkish court is not contrary to the Turkish public order.

The adoption of the effect of foreign state law in the field of recognition and enforcement shall be limited by the intervention of public order, in accordance with the relationship between the social values in the enforcing state and the foreign court decision[51]. In this context, as far as national interests are concentrated, the impact area of public order intervention should be widened and narrowed to the extent that it becomes lighter[52]. The judge must maintain the balance of interest within the framework of discretionary power, and maintain the balance between the national interest which the public order intervention

---

[49] **Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe**, p. 480; See also. **Özkan, Işıl** (2008) 'Yargıtay İçtihatlarına Göre Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde "Uygulanan Hukuk" Denetimi', Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, Ankara, p. 249-276.

[50] In this respect, the decision of the Supreme Court of Appeals on 24.10.2001 is as follows: '... this is a such a case according to the request of the plaintiff. In theis case, the plaintiff did not ask for the recognition and enforcement of the plaintiff the evidence of non-infiltration could be endorsed as evidence, such evidence would be appreciated and assessed in conjunction with other evidence. The Supreme Court of Appeal Date: 24.10.2001 (www.kazanci.com.tr). For the decision, see. **Çelikel, Erdem,** p. 725.

[51] **Gökyayla**, **Demir,** p. 66.

[52] For example, "it exercised on the sale of real estate through a Turkish citizen in Turkey or delivered to the foreign parent or a child's serious economic obligations." See for examples. Demir Gökyayla, p. 66.

maintains and the interest of the foreign court. This interest balance is explained by the "Theory Of Extenuated Effect" in the doctrine.

The theory of the extenuated effect of public order was first originated from French law with the decision of Munzer dated 1964. In this decision it was stated that the decision of the competent foreign law applied to the concrete dispute necessitated public order intervention in accordance with the French law, not only for the whole of the incident, but also for the part of the public order. Foreign law which does not contradict French public order will continue to be implemented[53]. A legal status may be in accordance with the law of a person's national law but it may also be contrary to public order according to the law of the adjudicating state. It is not necessarily the observance of public order for the whole of the event, but rather the discretion of the judge, taking into account the balance between the vested right and public order intervention, in other words, decision-making in the context of easing the impact of public order is expressed as a mitigated effect theory[54].

According to Turkish law, the extenuated effect of the public order was accepted with the "explicit" expression contained in Article 55 / c of MÖHUK[55]. For example, "talak" is not allowed as a method of divorce in Turkey, the decisions made as a result of talak can be recognized in Turkey. Likewise, a valid marriage is according to the law made by countries but not accepted in Turkish law of polygamy in terms of alimony claims arising from the adoption of a second wife in Turkey are a reflection of the impact of public order mitigated[56].

A similar arrangement is also included in German Procedural Law in ZPO. According to the code, non-compliance with the mandatory provisions

---

53 **Sevig, Vedat Raşit** 'Fransız Jürispridansına Bakış', <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/13943>, l.a.d. 23.11.2018, p.192; **Umut Mutlu**, footnote. 176.

54 The theory of alleviated influence can be said to have been accepted as "Inlandsbeziehung in German law. The mitigated effect theory has been widely accepted, taking into account the theory of internal relationship. According to this concept, if there is no close relationship between the concrete conflict and the decision state, the competent foreign law is not impeded in public order. See. **Kropholler, Jan** (2006) Internationales Privatrecht, Mohr Siebeck, 6. Neubearbeitete Auflage, p. 246**; Demir Gökyayla**, p.149.

55 **Erdoğan, Burcu İrge** (2018) '5718 Sayılı MÖHUK Uyarınca Tenkis Davasında Uygulanacak Hukukun Kamu Düzeni Bakımından Değerlendirilmesi ve Yetkili Mahkeme', DEÜHFD, V: 20, I: 1 p. 411; **Demir Gökyayla**, p.145.

56 At the time when the contracted divorce was not accepted, the Supreme Court of Appeal did not recognize the foreign court decisions given by the contracted divorce. See. **Demir Gökyayla**, p.153.

of German procedural law and the basic principles of German law for the establishment of non-compliance with public order does not require public order intervention. The intervention is only applied if the provision of a provision by a foreign court puts the "foundations of the state or economic life" under an unbearable burden[57].

The extenuated effect of public order is not absolute. In French law, it is stated that *"although the acquisition of a right is contrary to public order, the effects of this right should be recognized if their effects are not contrary to public order*[58]*."* The detention of recognition or enforcement of the given foreign court decision by public order is only possible if there is an unjustifiable violation of the Turkish public order. The effect of vested rights does not completely eliminate public order intervention. It is unclear at what point the extenuated effect of public order will be considered absolute, as it is in its definition does not have definite lines[59].

V. THE PURPOSE OF PREDICTING PUBLIC ORDER INTERVENTION IN THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN COURT DECISIONS

Recognizing the final judgment of foreign courts and/ or giving the ability to exercise to them, without seeking any circumstances, is without a doubt the unconditional transfer of jurisdiction which is a consequence of the sovereign powers of states, which is practically impossible. For this reason that the certain conditions have been stipulated for the recognition or enforcement of decisions taken from a foreign state court.

For example, while the enforcement decision given in Turkish law, the intention of requirement of reciprocity condition is to protect the political interests of the state in the sight of other states and help the foreign policies of the state in this way[60].

57 **Demir Gökyayla**, p. 86.
58 **Demir Gökyayla**, p. 154.
59 **Demir Gökyayla**, p. 155.
60 **Demir Gökyayla**, p. 73.

The aim is to provide a protection norm, "where the sentence has been given in a subject the Turkish state courts non authoritative", in areas where the state's sovereignty authority is absolutely established[61].

The subject of our study: "the condition that where the provision is not clearly contrary to public order" was aimed to protect the interests of the public. It is not just individual or only social interests. With this condition, it is desired to prevent the legal, moral, political understanding and values that are settled in the society from being damaged by a foreign court statement[62].

The requirement that the provision of a foreign court cannot be contrary to public order is not foreseen in favor of Turkish citizens only. The party decided to be in favor of recognized or enforced may be a Turkish citizen or a foreigner as well. On the other hand, is also insignificant whether or not the decision made by a court of a state that does not coincide with the political interests of the state. What is important is that the provision is not contrary to the social interests in accordance with the Turkish public order[63].

VI. PROHIBITION OF REVISION (CONTENT INSPECTION) AS A PRINCIPLE IN PUBLIC ORDER INTERVENTION

The Turkish judge who is examining the case of recognition or enforcement may examine the relevant foreign court's decision only in terms of whether it has the necessary conditions of recognition or enforcement. It is not possible for the judge to decide on a decision which does not comply with the relevant requirements by using his discretion. And again, the judge must enforce a foreign court decision in accordance with the conditions in question, even in the case of errors in the proceedings or in the judgment[64]. Otherwise, the case claimed in a foreign state court will be litigate in the Turkish courts again[65].

Therefore, the decision of the foreign court cannot be examined within the framework of the judicial procedure applied in the foreign court and the

---

61 **Demir Gökyayla**, p. 73.

62 Çelikel/ Erdem, p. 145; **Şanlı/ Esen/ Ataman Figanmeşe**, p. 75; **Dolunay,** p. 93, **Demir Gökyayla**, p.73.

63 **Aygül, Musa** (2011) 'Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Bazı Usul Hukuku Problemleri'**,** C: 31, S: 2, p. 83-121; **Demir Gökyayla**, p. 73.

64 **Demir Gökyayla**, p. 76.

65 **Demir Gökyayla**, p. 76.

accuracy of the law applicable to the case. This is called Prohibition of Revision[66] (Prohibition of Content Inspection), in other words "exequatur system".

The prohibition of revision is stated in the decision of Supreme Court of Appeal, which was issued in 2012, as follows:

The judge has no authority to examine and evaluate the accuracy of foreign court proceedings in terms of material law. In the framework of this prohibition, the judge cannot examine and evaluate a justification of the existing reasoning. The existence or absence of a justification in the provision is not important in determining the violation of the provision in public order. It is clear and unquestionable that the principles laid down by Article 141 of the Constitution in relation to the proceedings procedure shall apply exclusively to Turkish Courts. With the application of the sentence of the foreign court, it is not possible to enforce the foreign court decisions that would cause contrary to public order. It was decided that the absence of just cause for foreign court decisions would not prevent the enforcement of the finalized foreign court decision and this would not be considered a clear breach of public order in the sense of Article 54 / c of MÖHUK[67].

The decision stated that the Turkish judge could not examine the foreign court decision in terms of material law and announced the prohibition of revision. However, the decision was subject to criticisms in that the respection of the unjustified court decisions were not contrary to public order[68].

It is very sensitive to the extent to which decision given by a foreign state court can be examined by the Turkish judge[69]. Because this situation requires

---

66 **Kole Mehmet** (2016) Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanıma ve Tenfizinde Usul, Dicle University Journal of Law Faculty, V.21, p.34, p.45.

67 Supreme Court of Appeal, E.2010 / 1, K. 2012/1, Date. 10.02.2012 L.A. 15.11.2018.

68 For detailed information on the examination of unjustified foreign court decisions within the framework of the public order barrier, see. **Ersen Perçin, Gizem** (2015) Gerekçesiz Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni Engeli, Beykent University Faculty of Law Journal, V.1, I.1, p.61-86.

69 In a decision of 2009, the Supreme Court of Appeal of Turkey declared the relationship between the public order and the revision ban: Georg First Instance Court ruled that the defendant Oruç Necmi Y. was not the father of Y.F and decided to refuse the rejection and this decision became final. Y.F. was born in Hamburg. The defendant of the decision of the desired decision had participated in the hearings and did not request the application of Turkish law. On the other hand, the judge who is required to recognize and enforce the judgment, is not authorized to evaluate which cases are accepted or not in the decision making process in the foreign country. The procedural provisions applied in the foreign decision and the material and legal determinations are outside the scope of recognition and enforcement. Y.F.'s not

the determination of the relationship between public order and prohibition of revision. It was stated that there could be an exception in the examination of foreign court decisions that violate public order rules, which represent the basic values of Turkish society and highlight the social interests. In this regard, the reasons such as the misapplication of Turkish law in the decision given are not just a reason to prevent recognition or enforcement. However, a clear violation of the values that represent public order will be an obstacle to recognition or enforcement.

According to Gökyayla, if the violation of the Turkish public order in the foreign court decision is serious, it cannot serve to reach the desired goal by merely stating the content of the decision to prohibition of the examination. In case of disputes mentioned in public order intervention, the prohibition of revision should be more tolerated[70].

VIII. EVALUATION OF THE JUDICIARY AND PROCEDURAL CRITERIA FOR DISCRETION OF JUDGE IN THE DETERMINATION OF DISCRIMINATION IN PUBLIC ORDER

A. Turkish Disability of Public Order for the Basis of the Criteria Related

The cases where Turkey is adjudicating state, the Turkish judge cannot exemine the law applied to the basis of the dispute by the foreign state court due to the prohibition of inspection (revision). However, in exceptional cases, this rule may be ignored, which limits the authority of the Turkish judge to investigate in terms of disputes. In the doctrine of cases of public order and the personality of the Turks, it is considered as an exceptional case and the application and enforcement of unauthorized law in accordance with MÖHUK is seen as an obstacle to the desired decision. The main point of this view is that the law that will be applied by the foreign court on the basis of the concrete

being represented by a trustee in this case will not constitute a clear violation of Turkish public order and this provision is not a definitive provision in his case. For this reason, Article 53 of Law No. 5718; recognition or enforcement of the final decision on the desired foreign court decision is sufficient to submit to the court. 2. Supreme Court 2. HD, E.2008 / 4290, K.2009 / 10608, Date: 02.06.2009 (www.kazanci.com.tr). For decision, see**. Ekşi**, p. 281; **Demir Gökyayla**, p. 75.

70 **Demir Gökyayla**, p. 77.

dispute, if it is seriously damaging to the Turkish public order and its consequences cannot be tolerated, the balance of national interest is more severe than the prohibition of revision[71].

It is also possible for a foreign state court to have Turkish law as the law applied to the basis of the dispute. Shall it create an obstacle to recognition or enforcement, if the applied law is Turkish law, but if Turkish law is improperly applied? In essence, it is possible to talk about the different opinions of the Supreme Court of Appeal on the misapplication of Turkish law. In some decisions, the misapplication of Turkish law has not been seen as a disability or recognition barrier. In some judgments, it was stated that the objection that the Turkish law was wrongly applied was incompatible with the goodwill rule and that it was a violation of the prohibition of revision[72].

Our opinion is to look at the result of the wrong application of Turkish law. If this result damages the values that represent the Turkish public order to an undeniable extent, then it should not be possible to recognize or enforce the foreign court decision in which Turkish law is improperly applied. As a matter of fact, a decision given by the Supreme Court of Appeals on 2008 is as follows: *"The non-implementation or misapplication of Turkish law by the foreign court does not constitute an obstacle and does not constitute an obstacle to public order in its own right. It can be mentioned that public order is violated if there is a violation of the values that constitute the basis of the Turkish legal order and that it will not be forsaken."*

B. The Turkish Public Order Disability for Procedural Criteria

One of the requirements for the recognition and enforcement of a foreign court decision is the defense rights have been respected in court in respect of procedural criteria. As noted above, the imposition of a foreign court decision on the recognition or enforcement of a foreign court decision due to non-observance of the rights of defense in MÖHUK Article4 (4) may only relate to the matters referred to in the provision. For this reason, violations that do not fall into the cases which are considered as a limitation of the right to defense

[71] **Demir Gökyayla**, p. 190; **Dolunay,** Kamu Düzeni, p. 55.
[72] **Dolunay,** Kamu Düzeni, p. 55; **Özkan**, p. 261.

but are considered the limitation of the MÖHUK Article 54 (Ç), will be evaluated in the context of MÖHUK Article 55 (c) in the framework of the violation of the public order.

In the context of procedural criteria, which is not covered by MÖHUK Article 54 (ç), therefore, the issue of recognition and enforcement of unfounded foreign court decisions is a matter to consider within the scope of the public order criterion. There are different opinions in the doctrine and the Supreme Court of Appeal that the decisions made as a result of the judicial activities carried out by the foreign state courts are unjustified, will constitute a violation of public order[73]. However, before proceeding with the explanations on this issue, it is necessary to determine what is intended by a court decision. Rationale ensures the prevention of arbitrariness in the trial activity[74]. Leaving the judge under the obligation to write a reason for his decision enables him/her to supervise himself/herself and to supervise the above-mentioned courts[75].

In Turkish Law, there are provisions on the justification in both the Constitution and the Procedural law legislation. In the 1982 Constitution Article 141 /3, "*all decisions of all courts are written with justification and the necessity of making decisions with justification in Turkish law*" is clearly stated[76]." In the HMK No. 6100, it was decided that "*...the decisions should be concrete and clearly justified...*" Therefore, there is no discussion about the necessity of justifying the court decisions given in the Turkish judiciary.

---

[73] According to Nomer; the reason for the fact that foreign court decisions were the subject of these discussions was due to the fact that foreign court decisions were made according to the simple case procedure. In the case of German Procedure Law Mahnfahren case is a type of case that results in faster results when compared to other types of cases. The decision made as a result of the trial (am gerichtliche Entsheidung). There is no justification for this as a natural consequence of the trial. See. **Nomer, Ergin** (2011) 'Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Gerekçe', Istanbul Kültür University Faculty of Law Journal, V: 10, I: 1, p.10. In the German Civil Procedure Law, there is an opinion that "Mahnfahren, which is a caveat simple procedure m, should not be enforced. See. **Esen, Emre** (2007) 'Alman Hukukunda İhtarlı Basit Dava Usulü (Mahnfahren) Çerçevesinde Verilen Kararların Türk Hukukunda Tenfizi', MHB, I: 1-2, p. 23 et al.

[74] **Perçin**, p. 74.

[75] **Kuru, Baki/ Arslan Ramazan/ Yılmaz, Ejder** (2011) Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 22nd Law, Ankara, Yetkin Publishing, p. 472 and **Pekcanitez Hakan/ Atay, Oğuz/ Özekes Muhammet** (2012) Medeni Usul Hukuku, 13th Ed., Ankara, Yetkin Publications, p. 332.

[76] According to Nomer, the term, all courts refers to the Turkish courts. Foreign courts are not within the meaning of art. 141 f. 3. See. **Nomer,** Gerekçe, p. 15.

However, the question of whether the Supreme Court of Appeal is a necessity to find justification in foreign court decisions is controversial. The fact that the Supreme Court of Appeal should be compulsory for the determination of non-compliance with the public order and that the Supreme Court of Appeal's decision dated 18.03.1993 and numbered E.1992, K.1993 / 2756 may be important for our case the provision of the public order is not clearly contrary to the condition.

In order for the court to check the existence of this condition, the reasoned decision must be the reasoned original and the approved translation. It is therefore unlawful for the court to issue a decision of execution of the foreign court decision without an acknowledged original and confirmed translation of the foreign court ruling, and therefore the provision must be broken down. The work to be done by the court is stated as requesting from the plaintiff the requested reasoned original and approved translation of the decision and, according to the result obtained, it consists of making a decision that determines whether the provision is against public order or not[77].

However, it was found that in the decision of Supreme Court of Appeal in 2012 decided to change its opinion[78]:

In this decision, the concept of public order is explained in detail. First of all, it is stated that public order is a set of rules that protect the basic structure and interests of the society; then, the scope of public order intervention is defined as: *"violations against the basic values and conceptions of Turkish law and the basic justice approach and general politics on which the Turkish law is based,….. the fundamental rights and freedoms in the Constitution,….. the common principles of international law…. principles of civil society and justice…. so-*

[77] **Ekşi**, p. 292; Supreme Court of Appeal 15th HD, E.2000 / 829, K. 2000/1121, Date: 08.03.2000 Supreme Court of Appeal 13. HD, E.2001 / 9007, K.2001 / 11406, Date: 05.12.2001 (www.kazanci.com .tr), l.a.d. 18.11.2018; The Supreme Court of Appeal 19. H.D., E. 2013/10286, K. 2013/14182, Date: 19.09.2013 (www.kazanci.com.tr), l.a.d. 18.11.2018; Supreme Court of Appeal 23. H.D., E.2014 / 725, K.2014 / 677, Date: 03.02.2014 (www.kazanci.com.tr), l.a.d. 18.11.2018. For the aforementioned decisions see. **Perçin**, p. 72 et al.

[78] See the detailed review of the judgment**; Perçin**, p. 79 et al. and **Demirkol, Berk** (2017) 'Enforcement of Unjustified Foreign Court Decisions', Bahçeşehir University Faculty of Law Journal, V: 12, I: 157-158, p. 66 et al. About the decision see. YIBGK, E.2010 / 1, K. 2012/1, Date: 10.02.2012 l.a.d. 23.11.2018.

ciety's civilization level, political and economic regime, human rights and freedoms." As it regards the provision of public intervention scheme, consequences will be produced if the decisions taken into account are applied instead of the law and criteria applied in the foreign court decision on the provision of the public order intervention.

The Supreme Court of Appeal states on importance of existence of justification in foreign court decisions as follows: In democratic states of law, the justification is not only based on a provision, but also with the interest of reality in its content, the role of the human, society and public in the person of judgment is controlled by the judge and his effectiveness and by interfering with his habits.

According to the decision, the fact that the provision in a foreign court was unjustified does not constitute a violation of the public order alone, in contrast to previous The Supreme Court of Appeal judgments of different opinion. This situation in the decision; violation of the right to basic defense and the fact that the decision is unjustified, and the fact that the right to defense has not been granted is contrary to the public order in the domestic material law. In connection with this, the weak effect of the justification on enforcement was accepted. Accordingly, the reasoning in the foreign policy does not have the power to influence the enforcement.

In a general evaluation, the Supreme Court of Appeal did not consider the fact that foreign court judgments were unjustified within the scope of non-compliance criteria. The fact that the existence or absence of a justification in the sense of understanding of the Turkish Civil Procedure in the case of foreign court proceedings for which it has been requested is not effective or necessary for the enforcement of the Turkish public order and the criteria of whether the judgment is justified or unjustified is not conducive to comment within the scope of public order intervention.

However, both the European Court of Human Rights (ECHR) and the European Court of Justice in foreign court decisions are clearly expressed the necessity of existance of justified. In the European Court of Human Rights and European Court of Justice Judgments, the case is dealt with in accordance with ECHR Article 6:

1. "Everyone is entitled to a public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law, which shall decide on the merits of his case or his civil rights and obligations or the merits of the charges against him in a criminal area. The decision is made publicly. However, in the event that morality in a democratic society requires the confidentiality of the private life of minors or the interests of a party, in the interests of public order or national security, or in certain special cases where publicity may harm fair trial and in such a way that the court is inevitably assessed, partially closed to the press and listeners.

2. Everyone charged with a criminal offense shall be presumed innocent until his guilt has been legally established.

3. Everyone charged with a criminal offense has the following minimum rights:

a. To be informed promptly, in a language that he/she understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him;

b. To have the time and facilities necessary to prepare his defense;

c. To defend himself in person or to benefit from the assistance of a defense counsel he will choose; if he / she is deprived of the financial means necessary to hire a lawyer, and when it is deemed necessary for the fulfillment of justice, be free to use the assistance of a lawyer to be appointed officially;

d. To interrogate or have interrogated witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;

e. To benefit from the assistance of an interpreter free of charge if he cannot understand or speak the language spoken in the court."

As it can be seen, there is no clear provision on the reasoning of the decisions justified of the ECHR Article 6. However, in its judgments, the Court clearly stated that the justification was part of the right to a fair trial. Therefore, the state courts which are parties to this Convention should make every decision they have justified. This is the direct effect of the right to a fair trial on the justified decision. The fact that the Contracting State Courts did not accept the enforcement of unjustified decisions in terms of concrete dispute was accepted

as a liability for the States Parties to the Convention and accepted as an indirect effect of the right to a fair trial[79].

In the "Pellegrini v. Italy[80]" decision of 20.09.2001, the foreign court decided upon the right to a fair trial and the enforcement of foreign court decisions were drawn[81]. In order to enforce the decision of the annulment of a marriage by the Vatican courts, it was stated that the decision of the Vatican court should be determined in accordance with the right to a fair trial under the ECHR Article 6. This determination can only be made by the judge on the justification of the foreign court decision. Therefore, the enforcement of non-justified decisions is not possible in this context[82].

The Court of Justice of the European Union has a decision of "Krombach v. Bamberski" The decision is based on the first sentence of Article 27 of the "Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial matters" that the decisions against the public order shall not be enforced[83]. According to this, states cannot determine the limits of the concept of public order. The limit for public order as an intervention instrument should be the "human rights" guaranteed by the ECHR and the ECHR case law[84].

---

79 **Perçin**, p. 82; **Cuniberti**, p. 29-30.

80 For the original text of the judgment, see <www.hudoc.echr.coe.int>, l.a.d. 23.11.2018.

81 **Perçin**, p. 82 and **D'Alessandro, Elena** The Impact of Article 6 on the European Convention on Human Rights in a Non-Contracting State, <http://www.iapl-2011-congress.com/Inhalt>

82 **Perçin,** p. 82; According to the Pürselim, the favorable conditions for recognition should be applie fort he recognition. **Pürselim, Hatice** (2018) 'Son Gelişmeler Işığında Makedonya Mahkemeleri Tarafından Verilen Boşanma Kararlarının Türkiye'de Tanınması', III. International Conference-Ohrid, The East Of The West (27-29.06.2018), III. Uluslararası Doğu Batı Konferansı Kitabı, <http://www.dogubati.org/dosyalar/DBBDTAM.pdf>, p. 229-240.

83 Article 27/1: not A judgment should not be recognized: ... 1. if such recognition is contrary to public order in the State in which recognition is sought ... "

84 *"While the Contracting States in principle remain free, by virtue of the proviso in Article 27, point 1, of the Convention of 27 September 1968 on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, to determine, according to their own conceptions, what public policy requires, the limits of that concept are a matter for interpretation of the Convention. Consequently, while it is not for the Court to define the content of the public policy of a Contracting State, it is none the less required to review the limits within which the courts of a Contracting State may have recourse to that concept for the purpose of refusing recognition*

At this point, both ECHR and European Court of Justice decisions are evaluated together, the concept of public order should be accepted not only within the national boundaries, but also within the scope of the human rights criteria drawn by the international conventions.

EVALUATION AND CONCLUSION

The "public order" is a concept with wide discretion to the judge due to the fact that its boundaries are very difficult to determine and vary according to time, place and even every concrete dispute. The use of this discretion without any limitation shall result in the denial of the recognition and enforcement of any foreign court decisions contrary to Turkish law. For that reason, the decisions made by the Turkish courts for the reciprocity criterion will not be enforced in the foreign state courts. So all the foreign court decisions being contrary to the mandatory norms of Turkish law shouldn't be accepted as contrary to the public order. The foreign court decisions shall be assessed in terms of its consequences. The values representing the Turkish public order must be clearly affected by this contradiction.

In Turkish private international law, the recognition and enforcement of foreign court decisions are essentially limited by the prohibition of revision. However, regarding public order, in doctrine there are some writers' argueing that the implementation of the revision prohibition should be more flexible. This situation was accepted as a mitigated effect of public order and examined under the name of extenuated effect theory. In our opinion, the strict implementation of the prohibition of revision may undermine the national interest which is required to be protected by public order intervention. Therefore, in recognition and enforcement of foreign court decisions, Turkish judge should conduct more flexible examination without strict adherence to the revision prohibition so that the balance of interests is preserved. However, it should be noted that the absolute acceptance of the extenuating effect of public order disrupts the balance of interest in question. For this reason, the extenuating effect

to a judgment emanating from a court in another Contracting State." see <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61998CJ0007>, l.a.d. 24.11.2018; **Perçin,** p. 83.

of public order should only be accepted in case of violation of the basic values and principles of Turkish law in the inaccessible part of Turkish public order.

In terms of procedural criteria, in the Turkish doctrine and in a decision of the Supreme Court of Appeal in 2012, it is discussed that lacking justification of a foreign court decision, should be regarded as a violation of a public order or not. However, in the European Court of Human Rights' decision on that issue, the justification was accepted as part of the right to a fair trial and the ECHR had required the member states to ensure that the foreign court decisions subject to recognition and enforcement are justified. Since Turkey is a member state of ECHR, the Turkish judge should seek justification of foreing court decisions subject to recognition and enforcement, in contrary to the Supreme Court of Appeal's aforementioned decision.

REFERENCES

Akıncı, Ziya (1994) Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, Ankara, Vedat Publications.

Apaydın, Eylem (2018) 'Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği', İnÜHFD, V: 9, I: 1, p.445-476.

Arat, Tuğrul (1964) 'Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi', AÜHFD, C: 21, S: 1-4, p. 421-527.

Atakan, Arda (2007) 'Kamu Düzeni Kavramı', MÜHF- HAD, V.11, I.1-2, p.59-136.

Aygül, Musa (2012) 'Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Bazı Usul Hukuku Problemleri', MHB, C: 31, S: 2.

Cuniberti, Gilles (2008) 'The Recognition of Foreign Judgements Lacking Reasons in Europe: Access to Justice Foreign Court Avoidance and Efficiency', International and Comparative Law Quarterly, V: 1, I: 57, p.25-52.

Çelikel, Aysel 'Yeni Kanuna Göre Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfiz Şartları', http://dergipark.gov.tr/download/article-file/99838, l.a.d. 23.11.2018, p.7-13.

Çelikel, Aysel/ Erdem, Bahadır (2017) Milletlerarası Özel Hukuk, Beta, 15.P.

Çelikel, Aysel/Öztekin Gelgel, Günseli (2017) Yabancılar Hukuku, Renewed 24.P., Beta, p. 66.

D'Alessandro, Elena 'The Impact of Article 6 of the European Convention of Human Rights on the Enforcement of Foreign Judgements Rendered in a Non-Contracting State', <http://www.iapl-2011-congress.com/Inhalt/Papers/Paper%20-%20%20Dalessandro%20-%20The%20Impact%20of%20Article%206.pdf>, p. 1, l.a.d. 23.11.2018.

Dayınlarlı, Kemal (2011) Milli- Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri, 2. P.

Demir Gökyayla, Cemile (2001) Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, Seçkin.

Doğan, Vahit (2019) Milletlerarası Özel Hukuk, 5th Ed., Ankara.

Dolunay, Ayhan, 'Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni', <http://docs.neu.edu.tr/staff/ayhan.dolunay/PUBLICATION_2.pdf>, l.a.d. 24.11.2018, p.45-63.

Dolunay, Ayhan (2015) Türk Hukukunda ve Kıbrıs Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, On İki Levha Publications, İstanbul.

Ekşi, Nuray (2013) Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Beta, Istanbul.

Erdoğan, Burcu İrge (2018) '5718 Sayılı MÖHUK Uyarınca Tenkis Davasında Uygulanacak Hukukun Kamu Düzeni Bakımından Değerlendirilmesi ve Yetkili Mahkeme', DEÜHFD, V: 20, I: 1, p.397-430.

Erkan, Mustafa (2012) 'Bir Tabu: Taşınmazın Aynına İlişkin Davalarda Münhasır Yetki', SÜHFD, V: 20, I: 1, p. 11-51.

Ersen Perçin, Gizem (2015) 'Gerekçesiz Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni Engeli', Beykent University Faculty of Law Journal, V: 1, I: 1, p. 61-86.

Esen, Emre (2007) 'Alman Hukukunda İhtarlı Basit Dava Usulü (Mahnfahren) Çerçevesinde Verilen Kararların Türk Hukukunda Tenfizi', MHB, I: 1-2, p.21-80.

Gürzumar, Aydanur (1994) 'Türk Devletler Özel Hukuku Açısından Boşanma Davalarında Kamu Düzeninin Etkisi', MHB, I: 1-2, p.21-54.

Kropholler, Jan (2006) Internationales Privatrecht, Mohr Siebeck, 6. Neubearbeitete Auflage.

Hoffmeister, Frank/ Kleinlein, Thomas (2013) International Public Order, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1430?prd=EPIL>, l.a.d. 06.11.2018.

Huysal, Burak (2012) '6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Getirilen Yenilikler Işığında Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Konusunda Bazı Tespitler', V: 32, I: 1, p.71-101.

Koneti, Selim (1968) İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları, Ankara.

Koster, J. :Public Policy in Private International Law, Yale Law Journal, V: 29, I: 7, p.744-766.

Köle, Mehmet (2016) Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanıma ve Tenfizinde Usul, Dicle University Faculty of Law Journal, V: 21, I: 34, p.39-98.

Mutlu, Işıl Umut (2003) 'Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeninin Etkisi', Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Master's Thesis, Ankara.

Nomer, Ergin (2018) Milletlerarası Usul Hukuku, Beta, İstanbul.

Nomer, Ergin (1984) 'Rızai Boşanma ve Kamu Düzeni', MHB, V: 4, I: 2, p.94-98.

Nomer, Ergin (2010) 'Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Tanınmasında Kesinleşme Şartı', Erdoğan Moroğlu's 65th Birthday Award, 2. P., Istanbul, p.909-922.

Nomer, Ergin (2011) 'Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinde "Gerekçe", İstanbul Kültür University Faculty of Law Journal, V.10, I.1, 2011, p.9-16.

Ökçün, Gündüz (1967) Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, Ankara Üniversitesi, Siyasal Bilimler Fakültesi Yayını, Ankara.

Özden, Bülent (1993) 'Alman Mahkemelerinde "Kamu Düzeni" Kavramının Uygulanması', Journal of Comparative Law Studies of Istanbul University, I: 19, p.101-106.

Özkan, Işıl (2008) Yargıtay İçtihatlarına Göre Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde ‘‘Uygulanan Hukuk’’ Denetimi", Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, Ankara, p. 249-276.

Pürselim, Hatice Selin ‘Son Gelişmeler Işığında Makedonya Mahkemeleri Tarafından Verilen Boşanma Kararlarının Türkiye’de Tanınması’, III. International Conference-Ohrid, The East Of The West, l.a.d. 27-29.06.2018, III. Uluslararası Doğu Batı Konferansı Kitabı, <http://www.dogubati.org/dosyalar/DBBDTAM.pdf>, p. 229-240.

Reid, Karen (2012) ‘A Practitioner’s Guide To The European Convention On Human Rights’, Sweet&Maxwell, 4. P., Londra.

Seviğ, Vedat Raşit ‘Fransız Jürispridansına Bakış’, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/13943>, l.a.d. 23.11.2018, p.191-208.

Seviğ, Vedat Raşit (1996) ‘Milletlerarası Özel Hukuk Alanında Yetki Anlaşmasının Varlığı’, İHFM, I: 3, p.179-190.

Süzen, Begüm (2015) ‘Yabancı Mahkemelerden Verilen Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi’, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, V: 10, I: 133-134, p.27-52.

Şanlı, Cemal (2006) Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Istanbul, Beta, 6. P.

Şanlı, Cemal/ Esen, Emre/ Ataman Figanmeşe, İnci (2015) Milletlerarası Özel Hukuk, Istanbul, Vedat Kitapçılık, 4. P.

Tanrıbilir, Feriha Bilge (2010) ‘5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine’, TBB Dergisi, S: 87, p. 195-227.

Tarman, Zeynep Derya (2011) ‘Milletlerarası Evlat Edinme Hukukunda Kamu Düzeni Engeli’, AUHFD, I: 2, p. 331-365.

Tarman, Zeynep Derya 'Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlara İlişkin bazı Tespitler', Public and Private International Law Bulletin, V: 37, I: 2, p.798-820.

Tekinalp, Gülören (2011) 'Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları', Genişletilmiş 11. P., Istanbul, Vedat Publications.

Tiryakioğlu, Bilgin (1996) Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, Ankara Publications.

Tütüncübaşı, Uğur (2014) Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Türk Hukukunda Tanınması, Adalet.

Yağcı, Salim Serdar (2017) 'Milletlerarası Özel Hukukta Vasıflandırma', D.E.Ü. Faculty of Law Journal, V: 19, p. 2633-2646,

<www.unece.org/mission.html> l.a.d. 26.12.2018)

ULUSLARARASI İŞGÜCÜ KANUNU İLE GETİRİLEN BİR YENİLİK: TURKUAZ KART

Dr. Öğr. Üyesi Bengül KAVLAK*

ÖZET

2016 yılında kabul edilen Uluslararası İşgücü Kanunu (UİK) ile Türk hukukuna getirilen en önemli yeniliklerden biri Turkuaz Kart sisteminin kabulü olmuştur. Avrupa Birliği mevzuatında öngörülen "Mavi kart" sistemi ile önemli benzerlikler taşıyan Turkuaz Kart sisteminde, nitelikli yabancı işgücünün ülkeye çekilmesi amaçlanmaktadır. Turkuaz Kart sahibi yabancılara Uluslararası İşgücü Kanunu ile önemli haklar tanınarak, bu grupta yer alan yabancılar için ayrıcalıklı bir yabancı statüsü oluşturulmuştur. Uluslararası İşgücü Kanunu ve Turkuaz Kart Yönetmeliği'nde yer alan düzenlemelere göre; Turkuaz Kart sahibi yabancıların askerlik yapma yükümlülüğü, seçme ve seçilme, kamu görevlerine girme, muaf olarak araç ithal etme hakları bulunmamaktadır. Turkuaz Kart sahibi yabancıların sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı tutulmuş ve bu hakların kullanımında ilgili mevzuat hükümlerine tabi oldukları ifade edilmiş, bunların dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanacakları öngörülmüştür. Turkuaz Kart sahibinin eşine ve bakmakla yükümlü olduğu çocuğuna da Turkuaz Kart sahibi yakını olduğunu gösteren ve ikamet izni yerine geçen belgenin verileceği belirtilmiştir. Kanunda öngörülen haklara ilave olarak Turkuaz Kart sahibi yabancıların Türk Vatandaşlığı Kanunu m. 12 kapsamında istisnai yoldan Türk vatandaşlığını kazanabileceği düzenlenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası İşgücü Kanunu, Turkuaz Kart, Nitelikli Yabancı İşgücü, Yabancıların Çalışma İzni, Turkuaz Kart Yönetmeliği.

* İzmir Demokrasi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, bengul.kavlak@idu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8466-8627
(Geliş Tarihi: 19.03.2019 – Kabul Tarihi: 28.05.2019)

A RENEWAL LAID DOWN BY INTERNATIONAL LABOUR LAW: TURQUOISE CARD

ABSTRACT

One of the most important renewal laid down by International Labour Law which entered into force at 2016 is the acceptance of Turquoise Card. The aim of the Turquoise Card system which has many similarities with the "Blue Card" system of EU law, is to attract qualified foreign professionals to country. Within International Labour Law, many important rights are entitled and formed a privileged foreigners statute for the Turquoise Card holders. According to the regulations which are foreseen in International Labour Law and Turquoise Card Regulation, the Turquoise card holders are exempt from doing military service, have no right to elect and be elected, have no right to be civil servant and they are not free of import vehicle. Their rights of social security law are reserved and subject to the special law. Out of aforesaid rights, Turquoise card holders should benefit from the rights like Turkish citizens. A card should be given to the wife and dependent child of Turquoise card holder which shows the status of his/her and replace the residence permit. In addition to these rights, within the framework of article 12 of Turkish Citizenship Act, the Turquoise Card holders are entitled to acquire citizenship in exceptional state.

Keywords: International Labour Law, Turquoise Card, Qualified Foreign Professionals, Work Permit of Foreigners, Turquoise Card Regulation.

I. ULUSLARARASI İŞGÜCÜ KANUNU'NUN GETİRİLİŞ AMACI

1982 Anayasası'nın 48'inci maddesinde "Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir" denilmek suretiyle vatandaş – yabancı ayrımı gözetilmeksizin herkesin çalışma özgürlüğüne sahip olduğu kabul edilmiştir. Bir temel hak niteliğinde olan çalışma özgürlüğü, diğer tüm temel ve hürriyetlerde olduğu gibi Anayasa'nın 16. maddesi gereği, yabancılar için milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir.

Yabancıların çalışma özgürlüğüne ilişkin olarak bir güvence oluşturan Anayasanın 16'ncı maddesine dayanılarak yabancıların çalışmalarını düzenleyen pek çok kanun hükmü kabul edilmiştir. Gerek farklı kanunlarda yer alan düzenlemelere gerekse Türkiye'nin taraf olduğu ikili ve çok taraflı antlaşmalara konu edilen yabancıların çalışmalarının tek bir kanunda toplanması ihtiyacı söz konusu olmuştur. 2003 yılında yürürlüğe giren 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun'un ardından değişen ihtiyaçlar, ekonomik konjonktür ve sosyo-ekonomik yapı sebebiyle ilgili mevzuatta düzenlemeler yapılması ihtiyacı doğmuştur.

Özellikle son dönemde Türkiye'nin coğrafi konumu sebebiyle göç hareketlerinden yüksek oranda etkilenmesi, daha çok ikincil işgücü piyasalarında faaliyet gösteren yabancıların yanı sıra yüksek vasıflı işgücünün de ülkemize yönelmesi, Kanunlarda gerekli değişiklikleri yapmayı zorunlu kılmıştır[1].

Bunun yanı sıra yine Türkiye'ye yönelen göçün bir sonucu olarak kabul edilen 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK)[2] ile getirilen yeniliklere uyum sağlanması amacı da yabancıların çalışmalarına ilişkin mevzuatın gözden geçirilmesini gerektirmiştir[3]. Bu nedenlerle 28.07.2016 tarihinde 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu[4] kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Uluslararası İşgücü Kanunu'nun kabulüyle birlikte 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun yürürlükten kaldırılmıştır.

Uluslararası İşgücü Kanunu'nun genel gerekçesinde, son dönemde dikkat çeken uluslararası işgücü potansiyeli hareketliliği ile ülkelerin nitelikli iş-

[1] Bkz. 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu'nun genel gerekçesi.
[2] RG. 11.04.2013 T., 28615 S.
[3] Bkz. 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu'nun genel gerekçesi.
[4] RG. 13.08.2016 T., 29800 S.

gcünü çekme rekabetinin izlenerek ülkemizin de bu rekabete dahil olabilme yeteneğinin artırılmasının hedeflendiği belirtilerek nitelikli yabancı çalışanların birincil işgücü piyasasına girişinin önündeki engellerin kaldırılması, bu yönde politikalar geliştirilmesi ile çalışma izinleri ve muafiyetler başta olmak üzere yabancıların çalışmalarında ilişkin işlemlerde yaşanan aksaklıkların giderilmesi ve kurumlararası koordinasyonun sağlanmasının amaçlandığı ifade edilmiştir.

6735 sayılı Kanun esas olarak yabancıların çalışma izinlerini düzenlemekle birlikte Kanunun adında bu kavramlara yer verilmeyerek "uluslararası işgücü" terimi kullanılmıştır. Ancak doktrinde uluslararası işgücü teriminin kullanılması, bu terimin sanki birden çok devletin bir araya getirdiği bir işgücü varmış izlenimi verdiği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bu sebeple Kanunun adında yer alan "uluslararası" kavramını "yabancı" olarak algılamak gerekmektedir[5]. Kanunun gerekçesinde ise Kanunun adında neden uluslararası işgücü kavramının tercih edildiğine ilişkin bir açıklama yer almamaktadır.

Uluslararası İşgücü Kanunu'nun hazırlanmasında, iş kurma hakkı ve hizmet sunumu serbestisi başta olmak üzere Avrupa Birliği müktesebatı ile uyum sağlanması amacı güdülmüş, Birleşmiş Milletler Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme ile Dünya Ticaret Örgütü Hizmet Ticareti Genel Antlaşması (GATS) kapsamında mal ve hizmet sektörlerine yönelik düzenlemelerle uyumlu hükümlere yer verilmiştir[6].

II. ULUSLARARASI İŞGÜCÜ POLİTİKASININ BELİRLENMESİ

Uluslararası İşgücü Kanunu'nun 4-5 maddelerinde "Uluslararası İşgücü Politikasının Belirlenmesi ve İzlenmesi" hususu düzenlenmiştir. Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı uluslararası işgücü politikasını belirlemeye ve belirlenen politikayı uygulamaya yönelik ulusal ve uluslararası düzeyde faaliyette bulunmaya yetkili kılınmıştır. Bakanlığın bunu yaparken Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulu kararlarını da dikkate alacağı öngörülmüştür.

Uluslararası İşgücü Kanunu'nda yer alan uluslararası işgücü politikasına ilişkin düzenlemeyle işgücü göçü yönetiminde esas alınacak temel politika

[5] Bkz. **Ekşi, Nuray** (2016) Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 230.

[6] Bkz. 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu'nun genel gerekçesi.

çerçevesi çizilmiştir. Uluslararası işgücü politikasının tespiti ve uygulanması, çalışma iznine ilişkin süreçte, başvuru aşamasından iznin verilmesine kadar her aşamanın ülkenin menfaatleri ve ihtiyaçları doğrultusunda düzenlenmesi getirilen önemli yeniliklerden olmuştur[7].

Uluslararası işgücü politikasının belirlenmesinde önemli rol oynayacak olan Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulu'nun ne şekilde oluşturulacağı ve faaliyette bulunacağı Kanun'da düzenlenmiştir. Kurul, uluslararası işgücüne ilişkin mevzuat geliştirme çalışmalarını, ulusal ve uluslararası gelişmeleri ve uygulamaları izlemek, Türkiye'nin ekonomik, sektörel ve bölgesel önceliklerine uygun politika önerilerini Bakanlığa bildirmekle görevli kılınmıştır[8].

Uluslararası işgücü politikasının belirlenmesi ve uygulanması hususunun Kanun'un 4'üncü maddesinde düzenlenmesinin yanı sıra çalışma izni başvurularının değerlendirilmesinden reddine, çalışma izni türlerinin belirlenmesine kadar pek çok konuda uluslararası işgücü politikasına vurgu yapılmıştır. Buradan hareketle, Uluslararası İşgücü Kanunu kapsamında yabancıların çalışma izinlerine ilişkin tüm hususlar bakımından temel hareket noktasının ve dayanağın Bakanlığın belirleyeceği uluslararası işgücü politikası olacağı sonucuna varmak mümkündür.

III. ÇALIŞMA İZNİ VE ÇALIŞMA İZNİ TÜRLERİ

A. ÇALIŞMA İZNİ BAŞVURUSU

Uluslararası İşgücü Kanunu m. 6'da, Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 28'inci maddesinde düzenlenen, çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybeden kişiler, diğer kanunlarda ya da Türkiye'nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı antlaşmalar ve uluslararası sözleşmelerde yer alan özel düzenlemeler saklı kalmak üzere bu Kanun kapsamında yer alan yabancıların çalışma izni almaksızın Türkiye'de çalışamayacakları öngörülmüştür.

Çalışma izni başvuruları, yurt içinde doğrudan Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'na, yurt dışında ise yabancının vatandaşı olduğu veya yasal

[7] Bkz. Uluslararası İşgücü Kanunu 4. madde gerekçesi.
[8] Bkz. Uluslararası İşgücü Kanunu m.4/6.

olarak bulunduğu ülkedeki Türkiye Cumhuriyeti büyükelçiliklerine veya başkonsolosluklarına yapılır. Yurt dışından yapılan başvurular ilgili büyükelçilik veya başkonsolosluk tarafından Bakanlığa iletilir.

Çalışma izni başvurusunun ilgili bakanlığa veya diplomatik temsilciliğe bizzat yapılması zorunlu olmayıp yetkili aracı kurum tarafından da yapılması mümkündür. Çalışma izni başvurusunun yetkili aracı kuruma yapılabilmesi Uluslararası İşgücü Kanunu ile getirilen bir yeniliktir. Yetkili aracı kurum Kanunun 3'üncü maddesinde, "nitelikleri ve görev çerçevesi yönetmelikle belirlenen ve Bakanlık tarafından yetkilendirilen kurum veya kuruluş" olarak tanımlanmıştır. Ancak gelinen tarihe kadar bu hususu düzenleyen bir yönetmelik Resmi Gazete'de yayınlanmış değildir.

Çalışma izni başvurusunun değerlendirilmesinde, Bakanlık tarafından belirlenen uluslararası işgücü politikası esas alınır.

B. ÇALIŞMA İZNİ TÜRLERİ

Uluslararası İşgücü Kanunu'nda çalışma izni türleri Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun'a nazaran daha sistematik ve YUKK'ya uygun şekilde düzenlenmiştir[9]. Bu kapsamda UİK'nın Çalışma İzni Türleri kenar başlıklı 10'uncu maddesinde süreli çalışma izni, süresiz çalışma izni ve bağımsız çalışma izni düzenlenmiş, 16'ncı maddede istisnai çalışma iznine yer verilmiş ve 11'inci maddede Turkuaz Karta ilişkin olarak yeni bir düzenleme getirilmiştir. Turkuaz Kart dışında kalan çalışma izni türleri 4817 sayılı Kanun'da öngörülmüş olan çalışma izni türleriyle paralel olarak düzenlenmekle birlikte UİK'da, söz konusu çalışma izinlerinin koşullarına ilişkin birtakım değişikliklere yer verilmiştir. Bu konu bakımından getirilen en önemli yenilik Turkuaz Kart uygulamasıdır.

[9] **Aysel Çelikel/ Gelgel, Günseli Öztekin** (2017) Yabancılar Hukuku, 23. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 186; Yabancıların çalışma hakkına ve çalışma izni türlerine ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. **Aygül, Musa** (2019) "Türkiye'de İkamet Hakkına Sahip Yabancıların Çalışma Hakkı", Doğan, Vahit/Yılmaz, Alper Çağrı/İzmirli, Lale Ayhan (Editörler), Ankara, Savaş Yayınevi, s. 121 vd.; **Teksoy, Barış** (2016) "Yabancıların Çalışma Hakkı ile İlgili Güncel Gelişmeler", Tiryakioğlu, Bilgin/Aygün, Mesut/Önal, Ali/Altıparmak, Kübra/Kaya, Cansu (Editörler), Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 261 vd.

Bazı hukuk sistemlerinde yabancının o ülkede yaşamasını ve hatta vatandaşlığa alınmasını kolaylaştıran kart sistemi uygulamalarına oldukça benzer nitelikte olan Turkuaz Kart uygulaması, Uluslararası İşgücü Kanunu'nun getirdiği temel yeniliklerden biridir. Turkuaz Kart uygulaması, ABD'de uygulanmakta olan Yeşil Kart, Avrupa Birliği'nde yürürlükte olan Mavi Kart uygulaması[10] ile benzeşmektedir. Avrupa Birliği hukukunda 2009/50/EC sayılı Direktifle düzenlenen mavi kart uygulamasında, yüksek nitelikli işgücü kapsamında değerlendirilen üçüncü ülke vatandaşlarının Avrupa Birliği üyesi ülkelere girişlerine ve burada çalışmalarına ilişkin koşullar düzenlenmektedir[11].

Uluslararası İşgücü Kanunu 3/1-ğ maddesinde Turkuaz Kart; "yabancıya, Türkiye'de süresiz çalışma hakkı, mevzuat hükümlerine göre eş ve bakmakla yükümlü olduğu çocuklarına ise ikamet hakkı veren belge" olarak tanımlanmıştır.

Turkuaz Kartın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar 14.03.2017 tarihinde yürürlüğe giren Turkuaz Kart Yönetmeliği[12] ile belirlenir.

IV. TURKUAZ KART UYGULAMASI

A. TURKUAZ KART VERİLEBİLECEK YABANCILAR

Turkuaz Kart, nitelikli yabancı işgücüne verilebilecek özel ve kolaylaştırılmış bir çalışma izni türüdür. Turkuaz Kart uygulamasında kimlerin nitelikli yabancı olarak kabul edileceği Uluslararası İşgücü Kanunu'nun 11/5 maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, akademik alanda uluslararası kabul görmüş çalışmaları bulunanlar ile bilim, sanayi ve teknolojide ülkemiz bakımından stratejik kabul edilen bir alanda öne çıkmış olanlar ya da ihracat, istihdam veya yatırım kapasitesi olarak ulusal ekonomiye önemli katkı sağlayan ya da sağlaması öngörülenler nitelikli yabancı olarak değerlendirilmektedir.

Turkuaz Kart verilebilecek kişi gruplarına ilişkin olarak mevzuatımızda yer alan düzenlemeden hareketle, Turkuaz Kartın eğitim düzeyi, mesleki tecrübesi, bilim ve teknolojiye katkısı gözetilerek akademik anlamda nitelikli olarak

---

[10] Bkz. Council Directive 2009/50/EC of 25 May 2009 on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purposes of highly qualified employment, *OJ L 155, 18.6.2009, p. 17–29.*

[11] Konuyla ilgili ayrıntılı açıklama için bkz. **Peers, Steve** (2009) "Legislative Update: EC Immigration and Asylum Law Attracting and Deterring Labour Migration: The Blue Card and Employer Sanctions Directives", European Journal of Migration and Law 11, s. 389 vd.

[12] RG. 14.03.2017 tarih, 30007 S.

kabul edilen kişi grupları ile ülkeye yapacağı yatırımın büyüklüğü, ihracat düzeyi, istihdama ve ekonomiye katkısı gözetilerek yatırımcı kimliği sebebiyle nitelikli olarak kabul edilen kişi gruplarına verilebileceği kabul edilmiştir.

Turkuaz Kart Yönetmeliği'nin 5'inci maddesinde Turkuaz Kart verilebilecek yabancılar detaylı olarak belirtilmiştir. Buna göre, Turkuaz Kartın,

- Eğitim düzeyi, ücreti, mesleki bilgisi ve deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı ve benzeri nitelikleri itibarıyla yüksek nitelikli işgücü olarak değerlendirilen,

- Yatırım veya ihracat düzeyi, sağlayacağı istihdamın büyüklüğü, bilimsel ve teknolojik gelişmeye yaptığı katkı ve benzeri özellikleri itibarıyla yüksek nitelikli yatırımcı olarak değerlendirilen,

- Bilimsel ve teknolojik gelişmeye katkı sağlayan veya bilim, sanayi ve teknoloji alanlarında uluslararası düzeyde ülke menfaatleri açısından stratejik kabul edilen çalışmalar ve araştırmalar yapan bilim insanı veya araştırmacı,

- Kültürel, sanatsal veya sportif faaliyetler açısından uluslararası düzeyde başarılı olan,

- Türkiye'nin veya Türk kültürünün uluslararası tanınırlığına veya tanıtımına katkı sağlayan, Türkiye'nin milli menfaatlerine ilişkin hususlarda uluslararası düzeyde faaliyette bulunan yabancılara verilebileceği düzenlenmiştir.

Uluslararası İşgünü Kanunu'nun Turkuaz Kartı düzenleyen 11'inci maddesinin gerekçesinde, Türkiye'nin ekonomisine ve istihdama olumlu etkisi olabilecek, ülkemizin kalkınmasını destekleyen yatırımları yapacak, bilimsel ve teknolojik gelişmeye katkı sağlayacak, eğitim durumu, mesleki deneyimi ile Ar-Ge ve yenilikçilik alanlarında yetişmiş, stratejik alanda önemi haiz bir alanda öne çıkmış, nitelikli yabancı insan gücünün ülkemize kazandırılması, Turkuaz Kart sisteminin hukuk sistemimize getirilmesinin amacı olarak ifade edilmiştir[13]. Bu suretle son dönemde çeşitli sebeplerle giderek artan ülkeler arası göç dalgasından, nitelikli işgücünün ülkemize çekilerek olumlu bir biçimde etkilenilmesi amaçlanmıştır.

Turkuaz Kart uygulamasında, geçici koruma sağlanan yabancılara Turkuaz Kart verilmeyeceği Uluslararası İşgücü Kanunu'nda açıkça düzenlenmiş

[13] Bkz. Uluslararası İşgücü Kanunu m. 11 gerekçesi.

bulunmaktadır[14]. Geçici koruma sağlanan yabancıların çalışmalarına ilişkin düzenlemelere 11.01.2016 tarihli Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelik'te[15] yer verilmiş olup, bu kapsamda yer alan kişilerin çalışma izinleri Uluslararası İşgücü Kanunu kapsamı dışında değerlendirilmiştir[16]. Geçici Koruma Yönetmeliği'nin[17] Geçici 1'inci maddesinde; 28/4/2011 tarihinden itibaren Suriye Arap Cumhuriyeti'nde meydana gelen olaylar sebebiyle geçici koruma amacıyla Suriye Arap Cumhuriyeti'nden kitlesel veya bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşları ile vatansızlar ve mültecilerin, uluslararası koruma başvurusunda bulunmuş olsalar dahi geçici koruma altına alınacakları düzenlenmiştir[18]. Bu kapsamda, ülkemizde geçici koruma statüsü tanınmış olan Suriyelilerin, bu statüleri sona erinceye kadar Turkuaz Kart uygulamasından yararlanamayacağı, belirtilen kişi grubuna Turkuaz Kart verilmeyeceğini söylemek mümkündür[19].

Geçici koruma statüsünün ilgilinin talebi üzerine veya Geçici Koruma Yönetmeliği'nin 11 ve 12'nci maddelerinde düzenlenen sebeplerle sona erebilecektir. Geçici koruma statüsünün herhangi bir sebeple sona ermesi halinde ilgilinin UİK ve Turkuaz Kart Yönetmeliği'nde öngörülen şartları sağlaması durumunda Turkuaz Kart alması mümkündür[20].

B. TURKUAZ KART BAŞVURU VE DEĞERLENDİRME USULÜ

Turkuaz Kart başvurusuna ilişkin usul ve esaslar Turkuaz Kart Yönetmeliği'nin 6 vd. maddelerinde düzenlenmiştir.

---

14 Bkz. Uluslararası İşgücü Kanunu m. 11/6.

15 RG. 15.01.2016 T., 29594 S.

16 Geçici koruma altına alınanların Türkiye'de çalışma haklarına ilişkin olarak bkz. **Kaya, Cansu** (2017), "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukukunda Kalıcı Bir Çözüm Olarak Yerel Entegrasyon", İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, s. 145 vd.

17 RG. 22.10.2014 T., 29153 S.

18 Bu hususta ayrıntılı açıklama için bkz. **Kaplan, Yavuz** (2016) "Suriyeli Sığınmacıların Türkiye'de Geçici Koruma Statüsünden Yararlanmasının Kapsamı", Tiryakioğlu, Bilgin/Aygün, Mesut/Önal, Ali/Altıparmak, Kübra/Kaya, Cansu (Editörler), Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 173 vd.

19 Geçici koruma altında bulunan Suriyelilerin doğrudan kapsam dışı bırakılmasının Turkuaz kartın amacı ile bağdaşmadığına ilişkin görüş için bkz. . **İçduygu, Ahmet/Diker, Eleni** (2017) "Labor Market Integration of Syrian Refugees in Turkey: From Refugees to Settlers", Göç Araştırmaları Dergisi, C:3, S:1, Ocak-Haziran, s. 20.

20 Bkz. **Kaya, Cansu** (2017) "Türkiye'de Geçici Koruma Statüsü Yabancıların Çalışma Hakları", C:1, S:5, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 72 vd.

Turkuaz Kart başvurusu, yurt içinde doğrudan Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Yabancı Başvuru, Değerlendirme ve İzleme Sistemi üzerinden, yurt dışında ise yabancının vatandaşı olduğu veya yasal olarak bulunduğu ülkedeki Türk dış temsilciliği aracılığıyla yapılmaktadır. Uluslararası İşgücü Kanunu ile getirilmiş bir yenilik olan yetkili aracı kurum vasıtasıyla da yurtiçi veya yurtdışından Turkuaz Kart başvurusunda bulunulması mümkündür.

Başvuru sırasında hangi belgelerin sisteme yüklenmesi gerektiğine Turkuaz Kart Yönetmeliği'nin 8'inci maddesinde detaylı olarak yer verilmiştir[21].

Turkuaz Kart başvurularının değerlendirilmesinde, uluslararası işgücü politikası doğrultusunda Uluslararası İşgücü Genel Müdürlüğü'nce belirlenen kriterler kapsamında oluşturulan puanlama sistemi esas alınır. Başvuruların değerlendirilmesine ve puanlama sisteminin hazırlanışına ilişkin usul ve esaslar Turkuaz Kart Yönetmeliği'nin 9, 10 ve 11'inci maddelerinde düzenlenmektedir.

Turkuaz Kart uygulamasının ilk üç yılı geçiş süresi olarak düzenlenmiştir. Bakanlık, geçiş süresi içinde işveren veya yabancıdan yürütülen faaliyetlere ilişkin bilgi ve belge talep edebilir[22]. Geçiş süresi içinde çalışma izninin geçerliliği ve iptalini düzenleyen UİK m. 15 uyarınca iptal edilmeyen Turkuaz Kartta yer alan geçiş süresi kaydı, yabancının başvurusu halinde kaldırılır ve süresiz

---

[21] Turkuaz Kart Yönetmeliği'nin ilgili düzenlemesi şu şekildedir;
Başvuru belgeleri
MADDE 8 – (1) Başvuru sırasında aşağıda belirtilen belgeler sisteme yüklenir:
a) Başvuru dilekçesi,
b) Yabancıya ait pasaport veya pasaport yerine geçen belgenin sureti,
c) Varsa ilgili kamu kurum ve kuruluşundan alınan uygunluk belgesi,
ç) Bu Yönetmeliğin beşinci maddesinde sayılan yabancılar bakımından;
1) Nitelikli işgücü olarak değerlendirilen yabancı için diploma, iş sözleşmesi, özgeçmiş, atama veya görevlendirme yazısı, mesleki tecrübe, anadil dışında bilinen yabancı dilleri gösteren uluslararası düzeyde kabul edilen belgeler ile benzeri,
2) Nitelikli yatırımcı olarak değerlendirilen yabancı için yatırım büyüklüğü, istihdam düzeyi, ihracat tutarı, mali yeterlilik, faaliyet gösterilen bölge, sektör ve işi gösterir belgeler ile benzeri,
3) Bilim insanı veya araştırmacı için, diploma, akademik kariyer ve unvanı gösterir belge, sahip olunan akademik çalışmalar veya lisans, ticari marka veya patent belgeleri ile benzeri,
4) Kültürel, sanatsal veya sportif faaliyetler açısından ulusal veya uluslararası düzeyde başarılı olmuş yabancı için başarılı olduğunu gösterir belgeler ile benzeri,
5) Türkiye'nin veya Türk kültürünün tanınırlığına veya tanıtımına katkı sağlayan yabancılar için: Turkuaz gönüllüsü olarak uluslararası düzeyde yürütülen faaliyetlere ilişkin belgeler, fikir ve sanat eserleri, süresi, sürdürülebilirliği, devamlılığı ve etki alanı gibi bilgileri içeren tanıtım faaliyetlerine ilişkin belgeler ile benzeri, belgeler içerisinden Genel Müdürlükçe belirlenerek Genel Müdürlük resmi internet sayfasında yayımlanan belgeler.

[22] Bkz. Turkuaz Kart Yönetmeliği m. 15-18.

Turkuaz Kart verilir. Bu başvuru, geçiş süresinin dolmasına yüz seksen gün kalmasından itibaren, her durumda geçiş süresi dolmadan yapılır. Bu süre dolduktan sonra, geçiş süresinin kaldırılmasına ilişkin yapılan başvuru reddedilir ve Turkuaz Kart geçersiz hale gelir.

Turkuaz Kart başvurusu Kanunda ve Yönetmelikte öngörülen şartları taşımadığı takdirde reddedilecektir. Turkuaz Kart başvurusunun reddedileceği haller Turkuaz Kart Yönetmeliği m. 12'de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre, Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nca belirlenen değerlendirme kıstaslarını karşılamayan, uluslararası işgücü politikasına uygun olmayan, sahte veya yanıltıcı bilgi ve belgelerle yapılan, yabancı istihdamına yönelik gerekçesi yeterli görülmeyen, diğer kanunlarda Türk vatandaşlarına özgülenen iş ve meslekler için yapılan, YUKK kapsamında Türkiye'ye girişlerine izin verilmeyecek, vize verilmeyecek veya sınır dışı etme kararı alınacak yabancılardan olduğu İçişleri Bakanlığı'nca bildirilen yabancılara ilişkin olan, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı bakımından Türkiye'de çalışmasında sakınca bulunan kişilerden olan, Dışişleri Bakanlığı'nın uygun görüşü olması durumu hariç olmak üzere, Türkiye Cumhuriyeti'nin tanımadığı veya diplomatik ilişkisinin bulunmadığı ülke vatandaşları için yapılan ve kanuni süresi içinde yapılmayan veya eksiklikleri tamamlanmayan Turkuaz Kart başvuruları reddedilir.

UİK m. 11/3 ve Turkuaz Kart Yönetmeliği m. 7'de, Turkuaz Kart sahibi yabancının, mevzuat hükümlerine göre eş ve bakmakla yükümlü olduğu çocuklarına Turkuaz Kart sahibi yakını olduğunu gösteren belge verilecektir. Bu belge için yapılacak başvuruda, yabancının eşi bakımından evlilik bağını, çocuğu bakımından ise velayet ilişkisini ve bakmakla yükümlü olduğunu gösteren belgeler başvuruya eklenir.

C. TURKUAZ KART SAHİBİ YABANCININ HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

1. Turkuaz Kart Sahibine Tanınan Haklar

Uluslararası İşgücü Kanunu'nun Turkuaz Kartı düzenleyen 11'inci maddesinin 4'üncü fıkrasında, Turkuaz Kart sahibi yabancının UİK'da düzenlenen süresiz çalışma izninin sağladığı haklardan yararlanacağı düzenlenmiştir.

Süresiz çalışma izni sahibi olan yabancının sahip olacağı haklar ise, çalışma izni türlerini düzenleyen UİK m. 10/4 hükmünde yer almaktadır. Buna göre; "Süresiz çalışma izni olan yabancı, uzun dönem ikamet izninin sağladığı tüm haklardan yararlanır. Süresiz çalışma izni olan yabancı, özel kanunlardaki

düzenlemeler hariç, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili mevzuat hükümlerine tabi olmak şartıyla, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanır. Süresiz çalışma izni olan yabancının seçme, seçilme ve kamu görevlerine girme hakkı ile askerlik hizmeti yapma yükümlülüğü yoktur".

Turkuaz Kart sahibi yabancıların süresiz çalışma izni sahibi yabancılara tanınan haklardan yararlanacağı düzenlenirken, süresiz çalışma iznine ilişkin düzenleme uzun dönem ikamet iznine de atıfta bulunulmaktadır. İlk kez YUKK'da düzenlenen uzun dönem ikamet izni ile bu izne sahip yabancılara Türk vatandaşlarını sahip olduğu haklara yakın haklar tanınmıştır. Bu uygulamayla, uzun süre Türkiye'de bulunarak ülkeyle yakın ilişkiler kuran, ekonomik ve sosyal faaliyetler yönünden Türkiye'yle yakın bağlantı kurmuş olan yabancılar için önemli kolaylıklar ve kazanımlar getirilmektedir[23]. Uzun dönem ikamet izni YUKK'nın 42 vd. maddelerinde düzenlenmektedir. Uzun dönem ikamet izninin sağladığı haklara ilişkin 44'üncü maddeye göre ise, "Uzun dönem ikamet izni bulunan yabancılar; askerlik yapma yükümlülüğü, seçme ve seçilme, kamu görevlerine girme, muaf olarak araç ithal etme, ve özel kanunlardaki düzenlemeler hariç, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili mevzuat hükümlerine tabi olmak şartıyla, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanırlar". Bu haklara kısmen veya tamamen kısıtlamalar getirmeye Cumhurbaşkanı yetkili kılınmıştır[24].

Turkuaz Kart, bağımsız çalışma izni benzeri bir uygulama olarak değerlendirilmektedir. Turkuaz Kart, Kanunda belirtilen kişi grupları arasında yer alan yabancıya, belirli bir işverene bağlı olmaksızın, süresiz çalışma izni sağlamaktadır. Bu yönüyle Turkuaz Kart, yabancıların bağımsız çalışmalarını yaygınlaştırmaktadır[25].

Turkuaz Kart Yönetmeliği'nin 19'uncu maddesinde, Turkuaz Kart sahibi yabancının hak ve yükümlülükleri ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Anılan mad-

---

[23] Bkz. **Koca, Sema Çörtoğlu** (2016) "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Uyarınca Yabancıların Türkiye'de İkameti ve Uzun Dönem İkamet İznine İlişkin Değerlendirmeler", Ankara Barosu Dergisi, 2016/2, s. 64; **Aygül,** s. 122.

[24] Uzun dönem ikamet izninin sağladığı haklara getirilebilecek sınırlamalara ilişkin olarak bkz. **Erten, Rifat** (2015) "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:19, S: 1, s. 22 vd.

[25] **Erken, Baki** (2016) "Uluslararası İşgücü Kanunu Çerçevesinde Türkiye'de Yabancıların Çalışması", TİSK Akademi, 2016/II, s. 388.

dede, Turkuaz Kart sahibi yabancının süresiz çalışma izninin sağladığı haklardan yararlanacağı düzenlenmekle birlikte bu grupta yer alan yabancıların hangi haklara sahip olup olamayacakları belirtilmiş, YUKK'da düzenlenen uzun dönem ikamet izninin sağladığı haklar, Turkuaz Kart sahipleri bakımından burada yinelenmiştir. Yönetmeliğin anılan hükmünde, Turkuaz Kart sahibi yabancıların Türkiye'de askerlik yapma yükümlülüğünden muaf olduğu, seçme, seçilme, kamu görevlerine girme haklarından yararlanamayacakları, sosyal güvenliğe ilişkin hakları bakımından ilgili mevzuattaki hükümlere tabi oldukları, bu kişilerin, Türkiye'deki ikamet, seyahat, çalışma, yatırım, ticari faaliyet, miras, taşınır ve taşınmaz iktisabı ve ferağı gibi konulara yönelik işlemlerinin, ilgili kurum ve kuruluşlar tarafından Türk vatandaşlarına uygulanan mevzuata göre yürütüleceği ifade edilmiştir. Turkuaz Kart sahibine belirtilen haklar tanınmış olmasına rağmen, bu hak ve yükümlülüklerin kullanılmasında özel kanunlarda Türk vatandaşı olma koşulu arandığı takdirde Turkuaz Kart sahiplerinin bu haklardan yararlanmayı talep edemeyecekleri öngörülmüştür[26]. Bu durum karşısında, Turkuaz Kart sahibi yabancılar devlet memuru olamayacak, avukatlık, noterlik, eczacılık gibi Türk vatandaşlarına hasredilen meslekleri icra edemeyeceklerdir.

Turkuaz Kart sahibi yabancıların, uzun dönem ikamet izni sahiplerine tanınan haklara yapılan atıfla, kamu görevlerine girme haklarının bulunmadığı kabul edilmektedir. Devlet Memurları Kanunu'nun[27] 48'inci maddesinde de devlet memuru olmak Türk vatandaşı olma şartına bağlanmıştır. Bu bağlamda Turkuaz Kart sahibi yabancılar kadrolu devlet memuru olarak çalışamamakla birlikte, bu kapsamda yer alan kişilerin, aynı Kanunun 4/B maddesinde yabancıların, kamuda ihtiyaç duyulan alanlarda memur sıfatı taşımaksızın sözleşmeli personel olarak çalıştırılabileceklerine dair düzenleme de dikkate alındığında, kamu kurumlarında sözleşmeli personel olarak çalışabilecekleri kabul edilmektedir. Örnek olarak, Yüksek Öğretim Kanunu'nun[28] 34'üncü maddesinde yabancı uyrukluların sözleşmeli personel olarak çalıştırılabileceği öngörülmüştür[29]. Turkuaz Kart sahibi yabancılar da gerekli şartları taşıdıkları takdirde kamu kurumlarında sözleşmeli personel olarak çalışabileceklerdir.

---

[26] Turkuaz kart sahibinin hak ve yükümlülükleri konusunda bkz. **Doğan, Vahit** (2016) Türk Yabancılar Hukuku, Ankara, Savaş Yayınevi, s. 166 vd.; **Çelikel, Aysel** (2017) Yabancılar Hukuku, 23. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 197 vd.

[27] RG. 23.07.1965 T., 12056 S.

[28] RG. 06.11.1981, 17506 S.

[29] Ayrıntılı açıklama için bkz. **Çörtoğlu Koca**, s.69 vd.

Turkuaz Kart sahibi yabancıların muaf olarak araç ithal etme hakları da bulunmamaktadır. Bununla birlikte Gümrük Kanunu'nun[30] 130 ve 131'inci maddelerinde yer alan koşulları sağlamaları halinde, Türkiye'de ikamet eden yabancıların geçici ithal yoluyla taşıt getirme hakları söz konusudur[31]. Turkuaz Kart sahibi yabancılar da bu yolla geçici ithal yoluyla taşıt getirme imkanına sahip olmaktadır.

Doğumla Türk vatandaşı olup, Türk vatandaşlığından çıkma izni alarak ayrılanların almaya hak sahibi olduğu mavi kart kapsamında tanınan haklar da Turkuaz Kart sahibi yabancılara tanınan haklarla benzeşmektedir[32]. Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in[33] çıkma izni alarak Türk vatandaşlığından ayrılanlara tanınan hakları düzenleyen 52 vd. maddeleri ile Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in[34] uzun dönem ikamet izninin sağladığı hakları düzenleyen 41 vd. maddelerinde, Turkuaz Kart sahibi yabancılara tanınan haklara benzer nitelikte haklar tanındığı görülmektedir. 1995 yılında yapılan değişiklikle özel statülü yabancı olarak değerlendirilen mavi kartlı yabancılar ile birlikte hukukumuzda öngörülen yeni sistemle Turkuaz Kart sahibi yabancılar da özel statülü yabancılar arasında yer almıştır[35].

2. Turkuaz Kart Sahibinin Eş ve Çocuklarına Tanınan Haklar

UİK m. 11/3 ve Turkuaz Kart Yönetmeliği m. 7'de, Turkuaz Kart sahibi yabancının, mevzuat hükümlerine göre eş ve bakmakla yükümlü olduğu çocuklarına Turkuaz Kart sahibi yakını olduğunu gösteren ve Türkiye'de ikamet izni yerine geçen belge verilecektir. Bu belge için yapılacak başvuruda, yabancının eşi bakımından evlilik bağını, çocuğu bakımından ise velayet ilişkisini ve bakmakla yükümlü olduğunu gösteren belgeler başvuruya eklenir.

---

30 RG. 04.11.1999 T., 23866 S.

31 **Çörtoğlu Koca,** s. 70.

32 Mavi kart sahibi yabancılara tanınan haklar konusunda detaylı bilgi için bkz. **Tütüncübaşı, Uğur** (2011) "Türk Vatandaşlığından Çıkma ve 6304 Sayılı Kanun Kapsamında Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları (Yeni "Mavi Kart" Uygulaması)", DEÜHFD, C.13, S.2, s. 169 vd.

33 RG. 06.04.2010 T., 27544 S.

34 RG. 17.03.2016 T., 29656 S.

35 Açıklama için bkz. **Karaağaç, Ömür** (2018) "Yabancıların Türkiye'de Çalışmalarına İlişkin Temel Düzenleme Olarak Uluslararası İşgücü Kanunu'nun Genel Değerlendirilmesi", Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S. 1, s. 111.

Eş bakımından, Turkuaz Kart sahibi yakını kartı alabilmek için geçerli bir evlilik bağının mevcut olması gerekmektedir. Turkuaz Kart almak için başvuruda bulunan yabancının vatandaşı olduğu ülke hukukuna göre, birden fazla eşinin olması durumunda tüm eşlerin Turkuaz Kart sahibi yakını kartı almaya hak kazanıp kazanamayacakları bir sorun oluşturmaktadır. UİK'da veya Turkuaz Kart Yönetmeliği'nde bu konuya ilişkin olumlu ya da olumsuz bir düzenleme yer almamaktadır. Bu hususta, doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre; aile ikamet iznini düzenleyen YUKK m. 34/2 kıyasen uygulanabilir[36]. Anılan hükme göre, "*Vatandaşı olduğu ülkenin hukukuna göre birden fazla eş ile evlilik halinde, eşlerden yalnızca birine aile ikamet izni verilir. Ancak, diğer eşlerden olan çocuklara da aile ikamet izni verilebilir*". Herhangi bir düzenlemenin bulunmaması karşısında, kanımızca da bu düzenlemenin Turkuaz Kart sahibinin yakınlarına kıyasen uygulanmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Buna göre, Turkuaz Kart sahibinin birden çok eşinin bulunması durumunda eşlerden yalnızca biri Turkuaz Kart sahibi yakını kartı alabilecektir. Ancak eşlerden hangisinin bundan yararlanabileceği ilgilinin talebine bağlanmıştır[37]. Turkuaz Kart sahibinin diğer eşlerinden olan çocukları da Turkuaz Kart sahibi yakını kartı alabilecektir. Aile ikamet iznine ilişkin YUKK m. 34/3 düzenlemesi bu konuda kıyasen uygulanabilecek ve Türkiye dışında varsa ortak velayeti bulunan anne veya babanın Turkuaz Kart sahibi yakını kartı başvurusu bakımından muvafakati aranacaktır[38].

Turkuaz Kart sahibi yakını kartı, Turkuaz Kart sahibinin bakmakla yükümlü olduğu çocuklarına da verilebilmektedir. Bu noktada, "bakmakla yükümlü olunan çocuk" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği üzerinde durmak gerekir[39]. UİK veya YUKK'da "bakmakla yükümlü olunan çocuk" kavramının doğrudan bir tanımı yapılmamıştır. YUKK m. 3/e hükmüne göre çocuk; "*henüz*

---

[36] Bkz. **Çelik, Neşe Baran** (2017) "Güncel Gelişmeler Işığında Türk Vatandaşlığının İstisnai Haller Kapsamında Kazanılması", TBB Dergisi, S. 130, s. 384; **Demirkol, Berk** (2018) "Yabancıların Türkiye'de Çalışması ve Uluslararası İşgücü Kanunu", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018/1, s. 457.

[37] **Doğan**, s. 75.

[38] Bkz. **Demirkol**, s. 457; Aile ikamet iznine ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. **Elçin, Doğa** (2019) "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Danıştay Kararları Işığında Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda Aile İkamet İzni", Doğan, Vahit/Yılmaz, Alper Çağrı/İzmirli, Lale Ayhan (Editörler), Ankara, Savaş Yayınevi, s. 151 vd.

[39] Bu hususta ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için bkz. **Demirkol**, s. 460 vd.

on sekiz yaşını doldurmamış ve ergin olmamış kişi" olarak tanımlanmakla birlikte, YUKK'nın aile üyelerini tanımlayan 3/a hükmünde, "*Başvuru sahibinin veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişinin eşi, ergin olmayan çocuğu ile bağımlı ergin çocuğu"* aile üyeleri kapsamında sayılmıştır. Turkuaz Kart sahibi yakını kartı alabilecek kişiler bakımından, "ergin olmayan çocuk" ifadesi yerine "bakmakla yükümlü olunan çocuk" ifadesinin tercih edilmiş olması da dikkate alınarak, hem on sekiz yaşını tamamlamayan ve ergin olmayan çocukların hem de bağımlı ergin çocukların bu kapsamda yer aldığını kabul etmek gerekir.

Turkuaz Kart sahibi yabancının eş ve bakmakla yükümlü olduğu çocuğuna verilecek ikamet izni yerine geçen belge bakımından Kanunda herhangi bir geçerlilik süresi öngörülmemiştir. Bu noktadan hareketle, eş ve çocuklara verilen belgenin de Turkuaz Kart geçerliliğini sürdüğü müddetçe geçerli olduğunun kabulü gerekir. Turkuaz Kartın geçersiz hale gelmesi halinde yakını için düzenlenen kart da Genel Müdürlükçe iptal edilecektir[40]. Turkuaz Kart Yönetmeliği m. 22'de öngörülen hallerden birinin ortaya çıkması durumunda Turkuaz Kartın iptal edileceği düzenlenmiştir. Bu durumda Turkuaz Kart sahibi yakını kartı da geçerliliğini kaybedecektir.

Turkuaz Kart sahibi yakını kartı, Turkuaz Kartın iptali dışında, eş bakımından, kartın verilmesine dayanak teşkil eden evlilik birliği devam ettiği sürece geçerliliğini koruyacaktır. Boşanma veya Turkuaz Kart sahibi eşin ölümü halinde, kart da geçerliliğini yitirecektir.

Turkuaz Kart sahibi yakını kartı verilen çocuklar bakımından ise, Turkuaz Kart sahibi ile çocuk arasındaki "bağımlılık" ilişkisi, diğer bir ifadeyle "bakmakla yükümlü olma durumu"nun ortadan kalkmasıyla, Turkuaz Kart sahibi yakını kartı verilmesine dayanak teşkil eden ilişki ortadan kalkacağından, kanımızca kart da geçersiz hale gelecektir.

UİK'da ve Turkuaz Kart Yönetmeliği'nde, Turkuaz Kart sahibi yakını kartının ikamet izni yerine geçen belge olarak kabul edileceği düzenlenmiş olmakla birlikte söz konusu kartın sahibine Turkuaz Kartın sağladığı hakları sağlayacağı öngörülmemiştir. Bu noktadan hareketle, Turkuaz Kart sahibi yakını kartının ilgilisine doğrudan uzun dönem ikamet izni ve bu tür ikamet izninin

[40] Bkz. Turkuaz Kart Yönetmeliği m. 20/3.

sağladığı hakları sağlamadığı, yalnızca kendisine bağlı olarak verilen Turkuaz Kart geçerliliğini koruduğu müddetçe ilgilisine ikamet izni sağladığının kabulü gerekir[41]. Turkuaz Kartın herhangi bir sebeple iptal edilmesi halinde, Turkuaz Kart sahibi yakını bakımından da ikamet izni yönünden sağlanan hak sona erecektir.

Turkuaz Kart sahibi yakını kartının ikamet izni yerine geçtiği düzenlenmekle birlikte anılan kart, sahibine çalışma hakkı bakımından herhangi bir ayrıcalık sağlamamaktadır. Turkuaz Kart sahibi yakını kartı sahibi eş ve çocuklar çalışma iznine ilişkin UİK'da öngörülen kriterlere uyma ve koşulları sağlamaları halinde, durumlarına uygun düşen türde çalışma izni almak suretiyle Türkiye'de iş piyasasında faaliyet gösterme imkanına sahip olabileceklerdir.

3. Turkuaz Kart Sahibi Yabancıların Türk Vatandaşlığını Kazanması

Türk Vatandaşlığı Kanunu'muza göre, Türk vatandaşlığı doğum ile ve sonradan olmak üzere iki şekilde kazanılmaktadır[42]. Doğumla kazanılan vatandaşlık, Kanun gereği, kendiliğinden kazanılmış bir vatandaşlık olup "asli" vatandaşlık olarak ifade edilmektedir. Sonradan kazanılan vatandaşlık ise, yetkili makam kararı, evlat edinilme ya da seçme hakkının kullanılması yollarından biriyle elde edilmektedir[43]. Her üç ihtimalde de kazanılan vatandaşlık "müktesep" vatandaşlık olarak ifade edilmektedir[44].

Turkuaz Kart sahibi yabancıların Türk vatandaşlığını hangi yoldan kazanabilecekleri konusunda, Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun istisnai yolla Türk vatandaşlığının kazanılmasını düzenleyen 12'nci maddesinde Uluslararası İşgücü Kanunu'nun 27'nci maddesi ile değişiklik yapılmasaydı, bu grupta yer alan yabancıların Türk vatandaşlığını kazanmaları TVK m. 11 veya 12'de yer alan şartları taşımaları halinde mümkün olacaktı. Ancak TVK'nın 12'nci maddesine 2016 tarihinde getirilen değişiklikle birlikte Turkuaz Kart sahibi yabancıların istisnai yolla Türk vatandaşlığını kazanabilecekleri düzenlenmiştir. Anılan

---

41 **Çelik**, s. 382 vd.

42 Türk Vatandaşlığı Kanunu m. 5.

43 Türk Vatandaşlığı Kanunu m. 9.

44 Türk vatandaşlığının kazanılması hususunda ayrıntılı açıklama için bkz. **Nomer, Ergin** (2018) Türk Vatandaşlık Hukuku, 24. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 66 vd.

madde kapsamında, YUKK m. 31/1-j uyarınca ikamet izni alanlar[45] ile Turkuaz Kart sahibi yabancılar ve bunların yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğu Türk vatandaşlığını istisnai yolla kazanabilecek kişi gruplarının arasında sayılmıştır. Bu noktadan hareketle, Turkuaz Kart sahibi yabancılara, Türkiye'de sahip olduğu özel statü ve bu statünün sağladığı hakların yanı sıra, Türk vatandaşlığını kazanma bakımından da istisnai olarak Türk vatandaşlığını kazanabilecek kişi grupları arasında sayılarak, ayrıcalıklı bir durum yaratılmıştır[46].

TVK'da, belirli özelliklere sahip kişilerin, vatandaşlığa alınmada aranan şartlardan sadece birinin varlığı halinde, Türk vatandaşlığını kazanması imkânı tanınmıştır. İstisnai yolla vatandaşlığı kazanma, fevkalade bir telsik yoludur. İstisnai yolla Türk vatandaşlığının kazanılabilmesi, TVK m. 12 gereğince; milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak şartıyla, Cumhurbaşkanı kararıyla mümkün olmaktadır[47].

Turkuaz Kart sahibi yabancıların ve bunların Kanunda öngörülen yakınlarının ne zaman Türk vatandaşlığını kazanmak için başvuruda bulunabilecekleri TVK ya da UİK'da düzenlenmemiş, bu hususta düzenlemeye Turkuaz Kart Yönetmeliği m. 19/3'te yer verilmiştir. Buna göre, Turkuaz Kart sahibi ve yakını, geçiş süresi kaydının kaldırılmasından itibaren Türk vatandaşlığını kazanmak için başvuruda bulunabilecektir.

Geçici koruma altında bulunan yabancılar bakımından ise, bu grupta yer alan yabancıların TVK m. 12/1-b kapsamında istisnai yolla Türk vatandaşlığını kazanmaları mümkün değildir. Zira geçici koruma sağlanan yabancıların UİK m. 11/6 hükmü ile Turkuaz Kart alamayacakları açıkça ifade edilmiştir[48].

4. Turkuaz Kart Sahibi Yabancıların Sosyal Güvenlik Hakları

Turkuaz Kart Yönetmeliği'nin 23'üncü maddesinde, Turkuaz Kart sahibi yabancılar ile yabancı çalıştıran işverenlerin, sosyal güvenlik mevzuatından

---

45 YUKK m. 31/1-j hükmünde, "Türkiye'de çalışmayan ancak Cumhurbaşkanınca belirlenecek kapsam ve tutarda yatırım yapacaklar ile bunların yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğu"na kısa dönem ikamet izni verilebileceği düzenlenmektedir.

46 Bu hususta ayrıntılı açıklama için bkz. Çelik, s. 373 vd.

47 02.07.2018 tarihli ve 700 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 188'inci maddesiyle bu hükümde yer alan "Bakanlığın teklifi, Bakanlar Kurulunun" ibaresi "Cumhurbaşkanı" şeklinde değiştirilmiştir.

48 Bkz. **Özel, Sibel** (2017) "Suriyeli Sığınmacıların Kitlesel Olarak Türk Vatandaşlığına Alınması Meselesinin Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi", İstanbul Barosu Dergisi, C:91, S:3, s. 26.

kaynaklanan yükümlülüklerini kanuni süresi içinde, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'na[49] göre yerine getirecekleri düzenlenmiştir. Bu hususta Türkiye'nin taraf olduğu sosyal güvenlik sözleşmeleri hükümleri saklı tutulmuştur.

Karşılıklılık esasına dayalı olarak uluslararası sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış ülke uyruğunda olanlar hariç olmak üzere, yabancı uyruklu kişilerden hizmet sözleşmesi ile çalışanlar da 5510 sayılı Kanun m.4/I-a'ya göre sigortalı sayılmışlardır[50].

D. TURKUAZ KARTIN İPTALİ

Turkuaz Kart, yabancıya Uluslararası İşgücü Kanunu m. 11/2, Turkuaz Kart Yönetmeliği m. 18 uyarınca geçiş süresi kaydının kaldırılmasından itibaren süresiz olarak verilir. Bu kapsamda Turkuaz Kart, sahibine süresiz bir çalışma izni sağlamaktadır.

Turkuaz Kart sahibinin talebi olması halinde iptal edilmektedir. Bunun dışında, Turkuaz Kart Yönetmeliği'nin 22'nci maddesinde Turkuaz Kartın iptal edileceği diğer haller belirtilmiştir. Buna göre; Turkuaz Kart'ın geçerlilik tarihinden itibaren; altı ay içinde Türkiye'ye gelmemesi ya da mücbir sebep olmaksızın iki yıldan uzun bir süre aralıksız yurtdışında kalması, İçişleri Bakanlığı veya Dışişleri Bakanlığının uygun görüşünün bulunması hâli hariç, pasaportunun veya pasaport yerine geçen belgesinin geçerlilik süresinin uzatılmaması, Kanunda belirtilen hükümlere aykırı olarak ya da kayıtdışı çalıştığının tespiti, yabancının en az bir yıl kesintisiz bir şekilde çalışmadığının tespiti, Turkuaz Kart başvurusunun sahte veya yanıltıcı bilgi ve belgelerle yapıldığının sonradan tespiti, geçiş süresi içinde talep edilen bilgi ve belgelerin süresi içinde sunulmaması ya da izleme raporuna göre yabancının Turkuaz Kart sahibi niteliğini kaybettiğinin anlaşılması, YUKK'na göre, Türkiye'ye girişlerine izin verilmeyecek, vize verilmeyecek veya sınır dışı etme kararı alınacak yabancılardan olduğunun İçişleri Bakanlığınca bildirilmesi ile kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından Türkiye'de çalışmasında sakınca olduğunun ilgili kamu kurum ve kuruluşlarınca bildirilmesi hallerinde Turkuaz Kart iptal edilmektedir.

Turkuaz Kart, iptal edilmesiyle birlikte geçerliliğini kaybetmektedir.

---

[49] RG. 16.06.2006 T., 26200 S.

[50] **M. Refik Korkusuz/Uğur, Suat** (2018) Sosyal Güvenlik Hukuku, 6. Baskı, Ekin Yayınevi, s. 222.

V. TURKUAZ KARTIN AVRUPA BİRLİĞİ'NDE UYGULANAN "MAVİ KART (EU BLUE CARD)" SİSTEMİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Avrupa Birliği mevzuatında Mavi Kart (EU Blue Card) Yönergesi olarak bilinen 2009/50/EC sayılı Yönerge ile üçüncü ülke vatandaşlarından "yüksek nitelikli işgücü" (highly-qualified employment) statüsünde kabul edilen yabancıların, AB üyesi devletlerde çalışmalarını ve yaşamalarını kolaylaştıran bir sistem kabul edilmiştir. Bu uygulamayla birlikte ABD'de uygulanan "Green Card" sistemi ile rekabet edecek nitelikte bir sistem oluşturulması hedeflenmiştir.

Yönergenin 2/b maddesinde nitelikli işgücü; ilgili üye devlette, o devletin ulusal mevzuatına göre işçi olarak korunan, ücret karşılığı çalışan, yüksek mesleki niteliklerini göstermeye elverişli ve özel bir yetkinliği bulunan kişi olarak tanımlanmıştır. Yönergenin kapsamında üçüncü ülke vatandaşlarından hangi tür niteliklere sahip kişilerin bulunduğu Yönergenin 3'üncü maddesinde belirtilmiştir. Hukukumuzda yer alan düzenlemeyle paralel bir biçimde, geçici koruma altında bulunanlar ile AB mevzuatı kapsamında uluslararası koruma talebinde bulunanlar ile böyle bir koruma altında olanlar Yönerge ile getirilen uygulamadan yararlanamayacaklardır.

Hem işçi hem de işveren anılan Yönerge kapsamında Mavi kart başvurusunda bulunabilecektir. Mavi kart başvurusunda bulunabilmek için zorunlu koşullar; en az bir yıl geçerli bir iş sözleşmesine veya ulusal mevzuatta yer alıyorsa bağlayıcı bir iş teklifine sahip olmak, mesleğin icrası için ulusal mevzuatta AB vatandaşları için öngörülmüş olan niteliklere sahip olmak, geçerli bir seyahat belgesine ve ilgili üye devlet mevzuatınca öngörülen kısa dönem veya uzun dönem giriş izni ya da oturma iznine sahip olmak, kamu düzeni, kamu sağlığı ve milli güvenlik bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak ve ilgili üye devlette öngörülen yıllık brüt asgari ücretin bir buçuk katı gelire sahip olmak olarak belirtilmiştir[51]. Kişiye Mavi kart verilmesine ilişkin olarak yetkili makamın takdir hakkı bulunup bulunmadığına ilişkin açık bir düzenleme Yönergede bulunmamaktadır[52].

[51] 2009/50/EC sayılı Yönerge m.5.
[52] Bkz. **Peers**, s. 394 vd.

Türk hukukunda Turkuaz Kartın, yabancıya süresiz olarak verileceği düzenlenmiştir. Buna karşılık AB hukukunda Mavi kartın yabancıya bir ila dört yıllık sürelerle geçerli olmak üzere verileceği öngörülmüştür. Eğer dayanak iş sözleşmesi daha kısa süreliyse, Mavi kart, sözleşme süresine üç ay daha ilave edilerek düzenlenecektir[53]. Sürenin bitiminde iş sözleşmesinin süresine uygun olarak Mavi kartın da yenilenmesi mümkündür. Mavi kartın iptaline veya yenilenmemesine ilişkin sebepler Yönergenin 9'uncu maddesinde Türk hukukunda yer alan düzenlemeyle paralel şekilde ele alınmıştır.

Mavi kart sahibine tanınan haklar Yönergenin 12-17 maddeleri arasında düzenlenmiştir[54]. Söz konusu haklar, Turkuaz Kartın sahibine sağladığı haklardan farklılıklar taşımaktadır. Bu konuda bir kısım farklılıklar, Turkuaz Kart süresiz olarak düzenlenirken Mavi kartın belirli sürelere bağlı olarak düzenlenmesinden doğmaktadır.

Yönergenin 12/1 maddesine göre, Mavi kart verilmesinden itibaren ilk iki yıl içinde, Yönergenin 5'inci maddesinde öngörülen kabul kıstaslarına bağlı bir sınırlamaya tabidir. Mavi kart sahibi, ilk iki yıl içinde, yetkili makamın yazılı izni olmaksızın bağlı olduğu işvereni değiştiremeyecektir. İki yılın sona ermesinden itibaren kişi, nitelikli yabancı işgücü olarak, kendisine bulunduğu ülke vatandaşları ile eşit şekilde muamele edilmesini talep edebilecektir. Ancak kamu düzeni, kamu sağlığı, kamu güvenliğine ilişkin haller ile belirli iş ve mesleklerin devlet tarafından kendi vatandaşlarına özgülenmesi sebebiyle eşit muamele ilkesine istisnalar getirilmesi mümkündür.

Eşit muamele ilkesi Yönergenin 14'üncü maddesine göre; sosyal güvenliğe ilişkin hususlar ilgili mevzuata tabi olmak kaydıyla, ücret, iş sözleşmesinin sona ermesi, sağlık ve güvenlik hususlarına ilişkin iş koşulları, milli güvenlik ve kamu düzenine aykırılık oluşturmamak kaydı ile sendika veya benzeri bir derneğe üye olma, eğitim, diploma ve benzeri mesleki yeterlilik belgelerinin tanınması, mal ve hizmetlere erişim, ulusal sınırlamalar saklı kalmak kaydıyla ilgili üye devlete giriş serbestisi konularını kapsamaktadır.

---

[53] 2009/50/EC sayılı Yönerge m.7/2.

[54] Bu hususta ayrıntılı açıklama için bkz. **Meyer, Nicole Y.** (2010) The European Union Blue Card Directive, (Bachelor Thesis), University of Twente, School of Management and Governance, s. 17 vd.

Avrupa Birliği'nde Mavi kart sahiplerinin, hukukumuzdaki gibi doğrudan uzun dönem ikamet izninin sağladığı haklardan yararlanması esası kabul edilmemiş olup, belirli koşulların sağlanması halinde Mavi kart sahiplerinin uzun dönem ikamet izni için başvurabileceği kabul edilmiştir. Mavi kart sahibi yabancı, Yönergenin 16'ncı maddesinde öngörülen koşulların sağlanması halinde, Mavi kart sahibi olarak birden fazla üye devlette icra etmiş olduğu çalışma sürelerin birleştirilmesini talep edebilecektir. Buna göre, Birlik dahilinde, Mavi kart sahibi olarak kanuni ve kesintisiz olarak beş yıl ikamet etmiş olmak ve uzun dönem ikamet talebinde bulunulacak olan üye devlette talepten önce kanuni ve kesintisiz iki yıl ikamet etmiş olmak şartları aranmaktadır. Yabancının 12 ay aralıksız olmak üzere toplamda 18 ayı geçmeyecek şekilde ülkeden ayrılması ikamette kesinti sayılmamaktadır. Bu kapsamda sayılan koşulları yerine getiren Mavi kart sahibi yabancılar, 1030/2002/EC sayılı Tüzük kapsamında uzun süreli ikamet izni almak amacıyla başvuruda bulunabilecektir.

AB hukukunda nitelikli yabancı işgücünün Birliğe çekilmesi amacıyla öngörülmüş olan Mavi kart sistemi, hukukumuza 2016 yılında kabul edilen UİK ile getirilen Turkuaz Kart sistemiyle karşılaştırıldığında pek çok benzerlikle birlikte farklılıklar da taşımaktadır. 2009/50/EC sayılı Yönerge ile düzenlenen Mavi kartın uygulanmasına ilişkin olarak oldukça detaylı hükümler sevkedilmiştir. Türk hukukundan farklı olarak, Mavi kart sahiplerine çok geniş haklar bahşedilmemiş, ilk aşamada çalışma izninde kolaylık sağlanmıştır. Uzun vadede ise Mavi kart sahibi yabancının gerekli koşulları sağlaması halinde uzun dönem ikamet iznine başvurabileceği öngörülmüştür. Mavi kartın verilmesine ilişkin koşullar bakımından da detaylı düzenlemeler öngören Yönergede hem Mavi kartın uygulanmasında hem de Mavi kart sahiplerine verilen haklar bakımından katı bir anlayış benimsenmiştir. Türk hukukunda Turkuaz Kart sahibi yabancılar ile bunların eş ve bakmakla yükümlü oldukları çocuklarının TVK m. 12 kapsamında istisnai yoldan Türk vatandaşlığını kazanabilecekleri düzenlenmiş olmakla birlikte AB hukukunda Mavi kart vatandaşlık kazanma bakımından herhangi bir hak bahşetmemekte veya bir kolaylık sağlamamaktadır[55].

[55] Bu hususta bkz. **Çelik**, s. 374 vd.

SONUÇ

Türk hukuk sistemi için bir yenilik arz eden Turkuaz Kart uygulaması yüksek nitelikli işgücünü ülkeye çekmeyi amaçlayan bir sistem özelliği taşımaktadır. UİK ile öngörülen ve Turkuaz Kart Yönetmeliği ile detayları düzenlenen Turkuaz Kartın; eğitim düzeyi veya ülkeye yapacağı yatırım düzeyi yüksek olan, bilimsel ve teknolojik gelişmelere katkı sağlayacak, kültürel, sanatsal veya sportif alanlarda uluslararası düzeyde başarıları olan, Türkiye'nin ve Türk kültürünün tanıtımına katkı sağlayacak nitelikteki kişilere verilebileceği düzenlenmiştir. Bu yolla, nitelikli yabancı olarak değerlendirilen işgücünün, Türkiye'de çalışması veya kendi işlerini kurmaları amaçlanmaktadır.

Turkuaz Kart sahibi yabancılar, Türkiye'de süresiz çalışma izninin sağladığı haklara sahiptirler. Süresiz çalışma izninin düzenleyen UİK m. 10/4 hükmü ise, süresiz çalışma izninin sahibine sağladığı haklar bakımından uzun dönem ikamet iznine atıfta bulunmaktadır. Uzun dönem ikamet izni ise YUKK'nın 42 vd. maddelerinde düzenlenmektedir. Uzun dönem ikamet izninin sağladığı haklara ilişkin 44'üncü maddeye göre ise, Uzun dönem ikamet izni bulunan yabancılar; askerlik yapma yükümlülüğü, seçme ve seçilme, kamu görevlerine girme, muaf olarak araç ithal etme ve özel kanunlardaki düzenlemeler hariç, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili mevzuat hükümlerine tabi olmak şartıyla, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanırlar. Bu haklara kısmen veya tamamen kısıtlamalar getirmeye Cumhurbaşkanı yetkili kılınmıştır.

Turkuaz Kart Yönetmeliği'nin 19'uncu maddesinde, Turkuaz Kart sahibi yabancının hak ve yükümlülükleri ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Anılan maddede, Turkuaz Kart sahibi yabancının süresiz çalışma izninin sağladığı haklardan yararlanacağı düzenlenmekle birlikte bu grupta yer alan yabancıların hangi haklara sahip olup olamayacakları belirtilmiş, YUKK'da düzenlenen uzun dönem ikamet izninin sağladığı haklar, Turkuaz Kart sahipleri bakımından burada tekrar edilmiştir.

Turkuaz Kart sahibi yabancının eşi ile bakmakla yükümlü olduğu çocuğuna da Turkuaz Kart sahibi yakını olduğunu gösteren ve ikamet izni yerine geçen belge verileceği öngörülmüştür. Ancak bu belge, sahibine Türkiye'de çalışma hakkı sağlamamaktadır. Turkuaz Kart sahibi yakınına verilen belgenin,

ilgilisine çalışma hakkı tanımaması Turkuaz Kart uygulamasının başarısına gölge düşürebilecek bir eksiklik olarak değerlendirilmektedir.

Yukarıda detayları ifade edilen Turkuaz Kart uygulamasının temel amacı, nitelikli yabancı işgücünün ülkemiz piyasasına kazandırılmasıdır. Uygulamanın ne ölçüde amacına ulaşacağı ilerleyen süreçte Turkuaz Kartın uygulama alanı genişledikçe daha net bir şekilde ortaya konulabilecektir.

KAYNAKÇA

Aygül, Musa (2019) "Türkiye'de İkamet Hakkına Sahip Yabancıların Çalışma Hakkı", Doğan, Vahit/Yılmaz, Alper Çağrı/İzmirli, Lale Ayhan (Editörler), Ankara, Savaş Yayınevi, s.119-138.

Çelik, Neşe Baran (2017) "Güncel Gelişmeler Işığında Türk Vatandaşlığının İstisnai Haller Kapsamında Kazanılması", TBB Dergisi, S. 130, s. 357-418.

Çelikel, Aysel/Gelgel, Günseli Öztekin (2017) Yabancılar Hukuku, 23. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, Beta Yayıncılık.

Çörtoğlu Koca, Sema (2016) "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Uyarınca Yabancıların Türkiye'de İkameti ve Uzun Dönem İkamet İznine İlişkin Değerlendirmeler", Ankara Barosu Dergisi, 2016/2, s. 41-88.

Demirkol, Berk (2018) "Yabancıların Türkiye'de Çalışması ve Uluslararası İşgücü Kanunu", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018/1, s. 421-482.

Doğan, Vahit (2016) Türk Yabancılar Hukuku, Ankara, Savaş Yayınevi.

Ekşi, Nuray (2016) Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, 4. Baskı, Beta Yayıncılık.

Elçin, Doğa (2019) "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Danıştay Kararları Işığında Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda Aile İkamet İzni", Doğan, Vahit/Yılmaz, Alper Çağrı/İzmirli, Lale Ayhan (Editörler), Ankara, Savaş Yayınevi, s. 151-207.

Erken, Baki (2016) "Uluslararası İşgücü Kanunu Çerçevesinde Türkiye'de Yabancıların Çalışması", TİSK Akademi, 2016/II, s. 381-406.

Erten, Rifat (2015) "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:19, S: 1, s. 3-51.

İçduygu, Ahmet/Diker, Eleni (2017) "Labor Market Integration of Syrian Refugees in Turkey: From Refugees to Settlers", Göç Araştırmaları Dergisi, C:3, S:1, Ocak-Haziran, s. 12-35.

Kaplan, Yavuz (2016) "Suriyeli Sığınmacıların Türkiye'de Geçici Koruma Statüsünden Yararlanmasının Kapsamı", Tiryakioğlu, Bilgin/Aygün, Mesut/Önal, Ali/Altıparmak, Kübra/Kaya, Cansu (Editörler), Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 173-188.

Karaağaç, Ömür (2018) "Yabancıların Türkiye'de Çalışmalarına İlişkin Temel Düzenleme Olarak Uluslararası İşgücü Kanunu'nun Genel Değerlendirilmesi", Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S. 1, s. 89-121.

Kaya, Cansu (2017) "Türkiye'de Geçici Koruma Statüsü Yabancıların Çalışma Hakları", C:1, S:5, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 57-77.

Kaya, Cansu (2017) "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukukunda Kalıcı Bir Çözüm Olarak Yerel Entegrasyon", İstanbul, On iki Levha Yayıncılık.

Korkusuz, M. Refik/Uğur, Suat (2018) Sosyal Güvenlik Hukuku, 6. Baskı, Ekin Yayınevi.

Meyer, Nicole Y. (2010) The European Union Blue Card Directive, (Bachelor Thesis), University of Twente, School of Management and Governance.

Nomer, Ergin (2018) Türk Vatandaşlık Hukuku, 24. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi.

Özel, Sibel (2017) "Suriyeli Sığınmacıların Kitlesel Olarak Türk Vatandaşlığına Alınması Meselesinin Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi", İstanbul Barosu Dergisi, C:91, S:3, s. 14-31.

Peers, Steve (2009) "Legislative Update: EC Immigration and Asylum Law Attracting and Deterring Labour Migration: The Blue Card and Employer Sanctions Directives", European Journal of Migration and Law 11, s. 387-426.

Teksoy, Barış (2016) "Yabancıların Çalışma Hakkı ile İlgili Güncel Gelişmeler", Tiryakioğlu, Bilgin/Aygün, Mesut/Önal, Ali/Altıparmak, Kübra/Kaya, Cansu (Editörler), Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 245-281.

Tütüncübaşı, Uğur (2011) "Türk Vatandaşlığından Çıkma ve 6304 Sayılı Kanun Kapsamında Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları (Yeni "Mavi Kart" Uygulaması)", DEÜHFD, C:13, S:2, s. 153-194.

YAPAY ZEKANIN HUKUKİ STATÜSÜ VE HUKUKİ KİŞİLİĞİ ÜZERİNE TARTIŞMALAR

Dr. Seda KARA KILIÇARSLAN *

ÖZET

Yapay zeka kavramı, teknolojinin ilerlemesiyle giderek insan hayatının vazgeçilmez bir parçası haline gelmektedir. Öyle ki, otomobillerin abs sistemlerinde, bilgisayarların arama motorlarında, akıllı telefonlarda, akıllı ev ve ofislerde yapay zeka ile karşılaşmak mümkün. Kavramın hayatımıza dahil olması ve giderek daha da gelişecek olması sebebiyle, insana özgü yetenekleri olan ve daha da otonom olan varlıkları, göz ardı ederek karşılaşacak sorunlara çözüm bulmak mümkün görünmemektedir. Hukuki düzenlemelerin gecikmeksizin yerine getirilmesi zaruridir. Bu noktada yapay zeka varlıklar bakımından, çalışmamızın konusu olan hukuki statüleri ve bu statü bağlamında hukuki sorumlulukları ivedilikle netlik kazanmalıdır. Böylece yapay zekanın hayatımızın hangi alanında var olacağı, diğer taraftan hangi alan içerisine dahil edilmeyeceği, başka bir deyişle yapay zekanın hukuki manada durumu açıklığa kavuşmalıdır.

Bu bağlamda öğretide yapay zeka varlıkların hukuki statüsü üzerine ileri sürülen görüşler oldukça dikkat çekicidir. Bilhassa Avrupa Parlementosu'nun sunmuş olduğu raporda, yapay zeka varlıklar için "elektronik kişilik" statüsü önerisi incelemeye değerdir. Önerinin özü gerçek kişi ve tüzel kişi dışında, yeni bir tür olan elektronik kişiliğin verilmesi düşüncesidir. Bu çerçevede rapor yapay zeka varlığa yönelik kişilik statüsünü öneren ilk resmi belgedir. Aslında elektronik kişilik önerisi de yapay zeka varlıkların sui generis durumlarına uygun bir öneridir. Benzer biçimde raporda yapay zeka varlıklar için hukuki sorumluluk da önerilmiştir. Bununla birlikte öğretide, yapay zeka varlıklara yönelik, "tüzel kişilik" ve "insan olmayan kişi" kavramlarının kullanılması fikirleri de ileri sürülmüştür. Ne var ki, bu görüşlerin her biri ayrıntılı olarak irdelenmeli, doğurabileceği avantaj ve sakıncalar göz önünde bulundurularak, hukuki bağlamda oluşabilecek her türlü handikapa yönelik, çözüm sunacak, en elverişli yol seçilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Yapay Zeka, Kişi, Hukuki Statü, Sorumluluk

* Kırıkkale Universitesi Adalet MYO Öğretim Görevlisi, seda_kara34@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0002-7814-371X, (Geliş Tarihi: 23.03.2019- Kabul Tarihi: 31.05.2019).

LEGAL STATUS OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND DEBATES ON ITS LEGAL PERSONALITY

ABSTRACT

The concept of artificial intelligence gradually becomes an indispensable part of human life due to advancement of technology. In fact we can face with artificial intelligence in ABS systems of automobiles, search engines of computers, smart phones and, smart home and office systems. Due to the fact that this concept is already included in our lives and it is prone to advance more, it doesn't seem possible to find solutions to potential problems by ignoring the entities which have human-specific properties and are more autonomous. It is essential to make legal arrangements without further delay. At this point, legal status of entities with artificial intelligence and their legal responsibilities examined in our study should be clarified urgently. Consequently, the areas of our lives in which the artificial intelligence will exist and in which they will not be included, in other words legal status of artificial intelligence should be clarified.

In this context, the arguments put forward on the legal status of artificial intelligence entities in teaching are quite remarkable. In particular, the proposal for "electronic personality" status for artificial intelligence entities in the report presented by the European Parliament is worth examining. The essence of the proposal is the idea of giving the electronic personality, which is a new kind, apart from the real person and legal entity. In this context, the report is the first official document to propose personality status for artificial intelligence. In fact, the electronic personality proposal is an appropriate proposal for artificial intelligence entities being sui generis. Similarly, the legal responsibility for artificial intelligence entities has also been proposed in the report. In addition, ideas for the use of the concepts of "legal personality" and "non-human persons" for artificial intelligence entities have also been proposed in the teaching. However, each of these views should be examined in detail by taking into account the advantages and disadvantages that may arise, and the most appropriate way offering a solution for all kinds of handicaps which may occur in the legal context should be chosen.

Keywords: Artificial İntelligence, Person, Legal Status, Responsibility

GİRİŞ

Teknolojik ilerlemenin her geçen gün artarak hayatımıza dahil olması ve yine her geçen gün sosyal hayatımıza yapmış olduğu etkiler, hukuki düzenlemelerin bu gelişimlere duyarsız kalamayacağını gözler önüne sermiştir. Netice itibariyle sosyal ilişkileri düzenleyen hukuk kuralları, tabiri caizse koşarak ilerleyen bu gelişmelere emekleyerek cevap veremeyecektir. Örneğin 1900'lü yılların başında buharlı trenin kullanıldığı dönemi yansıtan sorumluluk hukuku, 1950'lerden sonra gelişen motorlu taşıtlar, atom enerjisi, nükleer santraller sebebiyle kusur sorumluluğu yerine tehlike sorumluluğunu benimsemiştir. Bu çerçevede son günlerde dikkatleri üzerinde toplayan bir başka bilimsel gelişme ise; yapay zeka kavramıdır. Kavram ilk olarak, John McCarthy, Marvin Minsky, Nathaniel Rochester ve Claude Shannon tarafından, "Yapay zekanın iki aylık ve on Kişilik Araştırması" başlıklı sunum ile 1956 yılında gerçekleştirilen bir seminerle gündeme gelmiştir[1]. Zira yapay zeka, dönüştüreceği her alanda, hukuk kurallarının da dönüşümüne neden olacaktır. Sosyal ilişkileri düzenleyen hukuk kuralları, insanın olduğu her yerde var olacak, aynı şekilde insanın bulunduğu her alan yapay zeka kavramından ayrı düşünülemeyecektir[2]. Bunun sonucunda hukuk ve teknolojinin yakınlığı ortaya çıkacak hukuksal boşlukların doldurulmasını zorunlu hale getirecektir[3].

I.GENEL OLARAK YAPAY ZEKA KAVRAMI VE MAKİNE – DERİN ÖĞRENME KAVRAMLARI

A. YAPAY ZEKA KAVRAMI

Bilgisayar biliminin bir alt dalı olan yapay zeka kavramı, insanlara özgü problem çözme yeteneğinin, makineler tarafından da gerçekleştirilebildiği, insanların yapabildiklerini taklit edebilen makineler olarak tanımlanabilir[4]. Bir

---

1 https://medium.com/t%C3%BCrkiye/yapay-zekan%C4%B1n-tarih%C3%A7esi-ve-geli%C5 %9Fims%C3%BCreci-cb4c73deb01d>, s.e.t. 20.01.2019; Yapay zeka hakkında genel açıklamalar için bkz. **Elmas**, **Çetin**, (2016) Yapay Zeka Uygulamaları, 3. Bası, Ankara, s. 1 vd; **Nabiyev, Vasif V**. (2016) Yapay Zeka, 5. Bası, Ankara, s. 1 vd.

2 **Özparlak, Başak, O,** Francis Bacon'dan Yapay Zeka'ya: Hukuk ve Teknolojinin Dansı, <https://yapayzeka.ai/francis-bacondan-yapay-zekaya-hukuk-ve-teknolojinin-dansi/>, s.e.t. 13.01.2019.

3 **Köse, Şükrü,** Yapay Zeka ve Hukuk, <https://yapayzeka.ai/kategori/hukuk/>, s.e.t. 22.12.2018.

4 **Bozkurt, Armağan/Bak, Başak** (2018) 'Yapay Zeka', Futurist Hukuk, Aristo Yayınevi, İstanbul s. 6 vd; **Bak, Başak** (2018) 'Medeni Hukuk AçısıNdan Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Yapay Zeka Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk', TAAD, Y: 9, S: 35, s. 211 vd.

başka tanıma göre ise, yapay zeka, insan davranışlarına özgü karakteristik özellikleri sergileyen akıllı sistemlerle ilgilenen, bilgisayar biliminin bir dalıdır[5]. Gerçekten giderek daha akıllı hale gelen yapay zeka ile otomobiller kendi kendine gidebilir, dijital asistanlık yapabilir, hatta Siri, Amazon Alexa gibi chatbotlarla sohbet edinilebilir[6].

Ancak yapay zeka kavramı insanlar tarafından kavranamamaktadır, genelde insanlar tarafından bilimkurgu filmlerinin ötesine geçememiş bir teknoloji olarak ele alınsa da, gerçek durum bundan çok farklıdır. Gerçekten yapay zeka varlıklar hayatımızın tamamında mevcutturlar. Örneğin arabaların abs fren sisteminin ne zaman devreye gireceğini belirleyen bilgisayarlardan tutun, yakıt enjeksiyonu parametrelerini ayarlayan bilgisayara kadar yapay zeka sistemleri kullanılır. Yine telefonlardaki harita uygulamaları, hava durumu aplikasyonları, siri ile sohbet edilmesi hepsi birer yapay zekadır[7].

İnsanlardaki kafa karışıklığının sebebi ise, genelde yapay zeka kavramının somut bir görsel şekille ilişkilendirilememesidir. Hem çok geniş bir konu ve alan içerisinde yer alır hem de başlangıç noktası olan bilim kurgu filmlerinin etkisi ile robotları akıllara getirmektedir. Fakat robot, insan biçiminde ya da insan biçiminde olmayan bir taşıyıcı iken, yapay zeka robotun içindeki bilgisayardır. Dolayısı ile her zaman bir robot görünümü olmak zorunda değildir. Örneğin Siri kadın sesi ile kişiselleştirilse bile, insan vücuduna sahip değildir[8].

Yapay zeka kavramını, kapasiteleri bakımından 3 farklı kategoride ele almak mümkündür.

-Dar yapay zeka(zayıf yapay zeka): yalnızca tek bir konuda uzmanlaşabilen, fakat insana özgü birçok kabiliyetten çok uzak da olan yapay zekalardır[9].

---

5 **Barr, Avron /Fregenbaum, Edward** (1981) The Handbook of Artificial Intelligence, California; **Lashbrooke, E. C**. (1988) 'Legal Reasoning and Artificial İntelligence', 34 Loy. L. Rev. 287, s. 295.

6 **Bozkurt/Ba**k, s. 9.

7 **Özel, Mert**, Yapay Zeka Devrimi, Süper zekaya Giden Yol Çok Yakınımızda, <https://evrimagaci.org/yapay-zeka-devrimi-1-superzekaya-giden-yol-cok-yakinimizda-444>,s.e.t. 09.01.2019. Ayrıca Bkz. **Urban, Tim**, 'The AI Revolution, Our İmmortality Or Extinction', <https://waitbutwhy.com/2015/01/artificial-intelligence-revolution-2.html>, s.e.t. 26. 01.2019.

8 **Özel**, s. 1 vd.

9 Bu türdeki yapay zeka için, hukuki statü tartışması yapılmaz. Daha çok süje olarak değil, obje olarak kabul edilir. Aynı yönde bkz. **Uzun, Fatih Burak** (2016) 'Gerçek Kişilerin Hak Ehliyeti ve Hak Ehliyetine Uygulanacak Hukukun Tespiti', Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 6, S: 2, Aralık, s. 16; **Hattenbach, Ben /Glucoft, Joshua** (2015) Patents İn Era of İnfinite Monkeys and Artificial İntelligence, 19 , Stan.

Örneğin satrancı çok iyi oynayabilen bir yapay zeka dar yapay zekadır. Bazı konularda insan zekası veya verimliliğine eşit olsa da hukuken kişilik statüsü için gereken yetilere sahip değildir. Başka bir deyişle "Zayıf" yapay zeka, ana akım medyada duyduğunuz "yapay zeka" çalışmalarının neredeyse tümüdür. Yani, gerçekten bir benliğe ve algıya sahip olmayan, tekil ve dar bir konuda insanlardan daha başarılı sonuçlar verebilen yapay zeka türüdür. Örneğin bir arabayı sürmek ya da Go veya satranç oyunlarında insanları yenmek gibi[10].

-Genel Yapay Zeka: İnsan kabiliyetlerine en yakın olan yapay zekalardır. Genel yapay zeka, bazen ise insan seviyesindeki yapay zekalar olarak ifade edilir. Böylece akıl yürüten, problem çözen, planlama yapıp; kompleks düşünme yetilerine sahip genel yapay zekalar, insan kadar akıllı bilgisayarlardır. Eğer hukuki anlamda kişiliğe sahip olabileceği fikri kabul edilirse, genel yapay zekaların bu statü içerisinde olması gerekir[11].

-Süper Yapay Zeka: İnsan zekasının çok üzerinde bir zekaya sahip olan süper yapay zekalar ise, gelecekte insanlığı ele geçirebilecek tehdit olarak görülen türdür. Bu türlere Hollywood yapıtları olan, "Uzay Yolu Macerası'ndaki" Hal, Matrix'deki Makineler, Ex Machina'dan Ava güzel örneklerdir[12].Mevcut haliyle dar yapay zekanın askeri, finansal, üretim, tıp alanlarında kullanılmasıyla zarar yerine fayda sağlayan teknolojik gelişmeler, derin öğrenme ile süper yapay zekaya doğru gelişerek varoluşsal bir tehlikeye yol açabilecek kabiliyetlere sahip olacaktır. Dolayısıyla hukuk kuralları, henüz bu aşamaya gelmemiş ama çok yakında o aşamaya ulaşacak yapay zeka varlıklara çözüm bulmak zorundadır.

B. MAKİNE ÖĞRENME VE DERİN ÖĞRENME

O halde sorulması gereken soru yapay zekanın, başlıca zeka olan insana özgü sosyal kabiliyetlerini otonom biçimde nasıl kullanabildiği, öğrenmeyi nasıl gerçekleştirdiği olmalıdır.

Tech, L. Rev, 32, s. 51, <https://journals.law.stanford.edu/sites/default/files/stanford-technology-law-review/print/2015/10/19-1-2-hattenbach-glucoft-infinite-monkeys.pdf>, s.e.t. 17.01.2019.

10 **Özel,** s. 1 vd, **Urban**, s. 1 vd.

11 **Özel**, s. 1vd.

12 **Bakırcı, Çağrı Mert**, 'Yapay Zeka Hakkında Bir Rehber, Nedir, Ne değildir, Ne Olacaktır', <https://evrimagaci.org/yapay-zeka-hakkinda-bir-rehber-nedir-ne-degildir-ne-olacaktir3667>, s.e.t. 19.01.2019.

İnsan beyni elektronik devreye göre çok yavaş olan nöronlardan oluşuyor. Saniyede 200 işlem yapabilen nöronlar, yaklaşık 1000 bağlantı ile 100 milyar nörondan 20 milyar MIPS beyin donanım gücü gibi bir kapasite ortaya çıkmaktadır. Öğrenme, görme duyusu aracılığıyla alınan resimlerin işlenmesi yoluyla gerçekleşir. İnsan beyninin fiziksel olarak en küçük kısmı (oksipital lob) aracılığıyla alınan resimler birden fazla varyasyon ile işlenmektedir[13]. Yapay zekalar bakımında da öğrenme, temelde görüntülerin işlenmesi yoluyla, binlerce örnek üzerinden algoritma geliştirerek insanlar gibi meydana gelmektedir. Bu yönteme makine öğrenimi denilmektedir[14]. Fakat makine öğrenimi, yapay zekanın insanlar kadar akıllı olabileceği argümanını destekleyecek sonuçlar doğurmaya yetmemiştir. Bu sebeple çok sayıda verinin birden çok katmandan oluşan hiyerarşik dönüşümlerle anlamlandırıldığı bir başka metoda ihtiyaç duyuldu. Derin öğrenme (deep learning) olarak adlandırılan bu metod, devasa büyüklükte ve genişlikte veri setlerini ezberleyebilirken; büyük veri (bigdata) oluşturur. Bu sebeple işlem gücü yüksek bilgisayarlarda kullanılmaktadır[15].

Böylece teknolojinin gelişimindeki geçirdiği ivme, derin öğrenme sayesinde yapay zeka robotları, yapay zekadan beklenen, arzulanan aşamaya getirebilecek güce ulaşmıştır. Bunun sonucunda ise yapay zeka sosyal hayatın içindeki yerini almış, insanlarla karşı karşıya gelen menfaatleri neticesinde sosyal hayatı düzenleyen hukuk kuralları yapay zekalar bağlamında sorunların çözümü için temel hukuk sorunları üzerinde durulmasını gerektirmiştir. Bu sorunlar merkezi olarak, yapay zeka varlıkların hukuki bağlamda kişilik meselesi üzerinde durularak incelenir. Zira bu hususta sorulabilecek pek çok ilgi çekici soru bulunmaktadır. Örneğin yapay zeka varlığın doğum yeri neresidir? Nerede tasarlanıp, bir araya getirilmiştir? Farklı ülkelerde "doğmuş" parçaları bulunan makineler için durum nedir? Vatandaşlık alabilirler mi? Yapay zekalar satım sözleşmesinin konusu olabilir mi? Bu durum onları köle haline getirir mi? Oy

---

[13] **Ayyüce Kızrak, M**. 'Motivasyon, Yapay Zeka ve Derin Öğrenmenin Hikayesi', <https://yapayzeka.ai/motivasyon-yapay-zeka-ve-derin-ogrenmenin-hikayesi/>, s.e.t. 18.01.2019.

[14] **Bak**, s. 213. Genel olarak makine öğrenimi hakkında bkz**.** <https://elearningindustry.com/introduction-machine-learning>, **Kowert, Weston** (2018) 'The Foreseeability of Human Artificial İntelligence İnteractions', Texas Law Review, Volume 96, s. 184; **Torrance, Mark**, 'AI vs Machine Learning vs Deep Learning', <https://www.youtube.com/watch?v=3WhpAKJcggl>, s.e.t. 03.01.2019.

[15] **Kuyumcu, Birol**, 'Derin Öğrenme II',< https://yapayzeka.ai/derin-ogrenme-2/>, s.e.t. 20.01.2019; **Bak**, s. 213.

kullanmalı mıdır? Bir makinenin fişini çekmek adam öldürme suçuna sebebiyet verir mi?[16]. Dolayısıyla yapay zeka varlık, hukuki bağlamda kişi olarak tanımlanması ya da tanımlanmamasıyla, ona bir takım hakların verilmesi ve borçların yüklenmesiyle, toplum içindeki konumu belirginleştirilmektedir.

II. YAPAY ZEKA VARLIKLARIN KİŞİLİK SORUNU

A. GENEL OLARAK

Bilgisayar bilimcileri tarafından, "güçlü yapay zeka" olarak adlandırılan kavramın, hukuki bir kişiliğe sahip olması dolayısıyla sorumluluğu ve hakları olması düşüncesi giderek yaygınlaşmaktadır[17]. Şöyle ki, hastanede hastaların tıbbi öykülerini analiz etmede kullanılan yapay zeka software'in yanlış teşhis koyması ve hastanın ölmesi durumu bir sorumluluk doğuracaktır. Yine otonom bir software'in kılavuzluk yaptığı kargonun dağıtım yapması sırasında, özel hayatı konusunda paranoyak bir kişinin evinin üzerinde geçerken, drona vurmasıyla, dronun parkta oynayan çocuğun üzerine düşmesi sorumluluğu gündeme getirir[18]. Hukuki kişilik sorusu temelde felsefi ve teknik bir uygunluk sorununa bürünmüştür. Kişilik kavramındaki kişiliğin çok daha geniş ele alınması yönündeki düşünce, kişiliğin somut tanımı ve kişiliğin savunması ile ilgili pozitif bir netice sağlar[19].

Bununla birlikte kişilik kavramının kapsamı konusunda detaylı bir inceleme için, kavramın tarihi gelişimi çerçevesinde, kavramı felsefi, hukuki olarak incelemek gerekmektedir. Zira hukuk insanlar tarafından ve onlar için yapıldığından, hayvanları koruyan kanunlar olsa da ya da bilinçten bahsedilemeyen bitkisel hayatta insanları kapsasa da, hukuk insanlara özgüdür ve beşeri olarak değerlendirilir. Bu sebeple çok zeki ve kompleks bir düşünce sistemi geliştiren yapay zeka varlıkları için kişiliğe mesafeli yaklaşılmaktadır. Sonuçta bu görüşe

---

16 **Hubbord, Patrick** (2011) 'Do Androids Dream: Personhood and Intelligent Artifacts', 83 Temp. L. Rev. 405, s. 42; Bir yapay zeka ile evlenmek hakkında bkz. **Goldfeder, Mark/Razin, Yosef** (2015) Marriage and The Law, 10, j, L. &Soc. Deviance 137, s. 137 vd.

17 **Zimmermann, Evan** (2015) 'Machine Minds, Frontiers İn Legal Personhood', <https://ssrn.com/abstract=2563965>, s. 21; Cezai Sorumluluğu için Bkz. **Dülger, Murat** (2018) 'Yapay Zekalı Varlıkların Hukuk Dünyasına Yansıması, Bu Varlıkların Hukuki Statüleri Nasıl Belirlenmeli?', Terazi Hukuk Dergisi, C: 13, S: 142, Haziran, s. 82 vd.

18 **Kowert**, , s. 181.

19 **Zimmermann**, s. 21.

göre etten kemikten olmayan bir varlık kişi statüsünde ele alınmaz[20]. Yine kişilik kavramı yalnızca insan olması noktasında ele alınmaz, kişiliğe yönelik kabul edilen haklar bazı sınırlamalara tabi olabilir. Çünkü çocuk veya yetişkin, mental ya da psikolojik olarak yetersiz, otonomiyi anlama ve uygulamada yetersiz olabilirler. Bu sebeple hak ehliyetleri tam ve sağ doğmaları sebebiyle genel ve eşitken; fiil ehliyetleri sınırlıdır[21].

Bu sebeple çalışmamızda yapay zeka varlıkların hukuki olarak kişilik statüsünü incelemeden önce, aşağıda genel olarak kişilik kavramının kapsamıyla ilgili tarihi, hukuki ve felsefi değerlendirmeleri inceleyeceğiz.

B. TARİHSEL OLARAK KİŞİLİK KAVRAMININ GELİŞİMİ

Geleneksel olarak kişilik kavramının katılığı bir yana, tarihsel olarak kavrama baktığımızda da kişiliği örtülü olarak katmanlarla ele aldığı görülür. Bu çerçevede belirli haklar ve bazı kısıtlamalar öngördüğü açıktır[22]. Kişilik kavramı, sadece insana özgü olarak değil, beşeri olmayan varlıkları dışlayarak gelişim göstermemiş; bunun yanı sıra insanlar içerisinde de kişilik statüsü farklı yönde değerlendirilmiştir. Zira Hukukumuzun temelini oluşturan Roma Hukukunun, oluşumunu sağlayan kölelik, insanlar açısından da kişilik kavramının eşit oluşturulmadığına en önemli kanıttır[23].

Kişi kavramı liberal kişilik kuramının öncüsü Locke'a göre ise, haklarından ve özgürlüğünden vazgeçmeyen, benlik bilinci olan, evrensel ve otonom bireydir[24]. Bu düşüncenin bir uzantısı olarak ise, insanlar özgürlük ve eşitlik prensipleri ile doğarlar ve hiç kimse bir diğerinin yaşamına, sağlığına, özgürlük ve mülkiyetine zarar vermemelidir[25]. Fakat tarihsel olarak kölelikten, özgürlüğe ve eşitliğe yer değiştiren, kişilik anlayışının yine derinlerine inildiğinde o kadar da eşit olmadığı görülecektir. Liberal eşitlik anlayışında, kadınların eşit haklara sahip olduğu düşünülüp aksi fikirler eleştirilse de, kadın haklarına karşı kültürel

[20] **Zimmermann**, s. 21.
[21] **Hubbord**, s. 413.
[22] **Zimmermann**, s. 25.
[23] **Zimmermann**, s. 24.
[24] **Çolak, Yılmaz** (2012) 'Haklar ve Aidiyet Arasında Birey', Muhafazakar Düşünce Dergisi, S: 32, s. 25.
[25] **Akkaraca, Melike** (2012) 'Cumhuriyet Kıskacında Birey ve Devlet İlişkileri', Muhafazakar Düşünce Dergisi, S: 32, s. 49.

anlaşmazlıklar ve isteksiz taahhütler olduğu açıktır[26]. Zira kadınların ekonomik özgürlüğü veya siyasi hayattaki konumuna bakıldığında tanınan hakların uygulamada sosyal hayatın tümüne nüfus etmediği görülür. Benzer biçimde din, ırk, renk farklılıkları nedeniyle yapılan ayırımlar sebebiyle liberal kişilik kuramının hiç de, toplumun her kesimine yönelmediği açıktır[27].

C. FELSEFİ ANLAMDA KİŞİLİK KAVRAMI

Felsefi kişilik ve hukuki kişilik kavramları aranan nitelikler bakımından birbirlerinden farklıdırlar. Felsefi kişilik kavramı, daha çok ruh, duygular, özgür irade ve bilinç gibi moral kavramlar üzerinde durmaktadır. Yapay zeka hakkında hukuk doktrini, tabiat, yapay zekaya ilişkin olasılıklar, ahlaki kişilik hakkında felsefi bakımdan değerli bir tartışma alanı sağlamaktadır[28]. Zira yapay zeka kavramı hukuk doktrininde tam anlamıyla ayrıntılarıyla incelenememesine rağmen; herhangi bir çeşitte bir yöntem, yapay zeka varlık konusunda felsefi tartışmalar açısında önemli bir etkiye sebep olacaktır. Öte yandan yapay zekanın hukuki statüsü karşısında bazı felsefi argümanlar da, hukuki tartışmalar noktasında rağbet görebilecektir. Şöyle ki, felsefi tartışmalar bağlamında kişilikle ilintili olan kavramların, ruh, bilinç, duygular, özgür irade, yönelimsellik gibi, eksikliği, hukuki kişiliği reddeden görüşler bakımından temel oluşturmaktadır. Bir diğer argüman, Locke'un mülkiyete ilişkin teorisidir. Buna göre insanların kendi üretimleri, onların mülkiyeti altında olup, çocuklara ve kendi dna ları ile döllenen ceninler bu kapsamda değildir. Locke'un bu görüşü de, çalışmamızın devamında ele alacağımız hukuki kişilik teorilerini destekleyecek biçimde kullanılmıştır[29].Bu sebeple yapay zeka varlığa yönelik, kişilik tartışmalarında, her iki alanın da birikiminden yararlanılması gerekmektedir[30].

D. HUKUKİ OLARAK KİŞİLİK

1. Medeni Hukukta Kişilik Kavramı

Türk Medeni Kanunu kişi kavramını TMK m. 8 ile düzenleşmiş olup; hak ehliyetine sahip varlıklar olarak açıklamıştır. Hak ehliyetine sahip olmak

---

[26] **Hubbard**, s. 428.

[27] **Zimmermann**, s. 24.

[28] **Chopra, Samir /White, Laurence,** 'Artificial Agents: Personhood in Law and Philoshophy', <http://www.sci.brooklyn.cuny.edu/~schopra/agentlawsub.pdf,> s. 1, s.e.t.15.01.2019.

[29] **Chopra/White**, s. 4.

[30] **Ersoy, Çağlar** (2017) Robotlar Yapay Zeka ve Hukuk, Oniki Levha Yayınları, 2. Bası, İstanbul, s. 83.

ise, kişinin hak sahibi olabilmesi ve borç altına girebilmesi olarak tanımlanır. Kanunumuza göre, kişi gerçek ve tüzel kişi olarak iki farklı grupta ele alınmıştır. Kişilik ise, hak ve borçlara sahip olabilme yanında, kendi eylemleriyle hak ve borç sahibi olabilme ehliyetini ve kişisel değer ile durumları da kapsayan geniş bir kavramdır. Hukuken kişi olarak kabul edilen varlıkların statüsünü, yani ehliyetlerini, kişisel değerlerini ve durumlarını içine alan bütüncül bir kavramdır[31]. Dolayısıyla kişilik kavramının süjesi, gerçek ve tüzel kişi olmak üzere iki tür ayırımla ele almıştır. Buna göre kişi denildiğinde ilk akla gelen varlık insanlar, yani gerçek kişilerdir. Gerçekten de tüm çağdaş hukuk sistemleri insanı, doğal kişiler, natürliches Personen, fizik kişileri gerçek kişi olarak kabul eder[32]. Bu bağlamda tarihsel ve ideolojik ayrımlar bir kenara konulursa, hukukun tüm insanları kişi olarak kabul etmesi ahlak ve değer yargılarının sonucudur. İnsan tüm çağdaş hukuk sistemlerinde sırf insan olarak doğduğu için başka hiçbir şarta gerek kalmadan hak ehliyetine sahiptir ve hak ve borçların süjesi olur[33].

Hukuk düzenleri, sosyal hayatın bazı gereksinimleri neticesinde, insanlar dışındaki bazı varlıklara da kişilik vermiştir. Başlı başına kişiliğe sahip, belirli bir amaca yönelmiş kişi veya mal toplulukları tüzel kişi adıyla TMK m. 50 çerçevesinde düzenlenmiştir. Tüzel kişilik kavramı, bilhassa insanların tek tek belirli bir amaca ulaşmalarının zor olduğu, hatta olanaksız olduğu durumlarda, birden çok kişinin güçlerini birleştirmeleri suretiyle bu amaca ulaşmalarını sağlamaktadır. Böylece insan ömrünün sınırlılığı nedeniyle bazı amaçlara ulaşılmasına engel durumlar tüzel kişilik kavramı ile çözümlenmiştir. Bir kişinin mallarını belirli bir amaca özgülemesi durumunda da sürekli amaca özgülenen bir mal topluluğuna hukuk düzeni tarafından tüzel kişilik tanınmıştır. Öte yandan hukuk düzeni bakımından gerek gerçek kişi gerekse gerçek kişi eşit hukuki statüye sahiptir. Bu bakımdan tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi insana özgü haklar dışında haklar ve borçlar edinme bakımından eşittirler[34].

---

31 **Zevkliler, Aydın/.Acabey, Beşir/Gökyayla, Emre** (2000) Medeni Hukuk, Aile Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 189- 191.

32 **Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan**, Türk Özel Hukuku C. II, Kişiler Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2009, s. 7; **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 188.

33 **Dural/Öğüz**, s. 7.

34 **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 190.

2. Hukuki Kişilik Kriterleri

a. Genel Olarak

Yapay zeka varlıkların hukuken kişi olarak kabul edilip edilmeyeceği tartışıladursun, insana eşdeğer olabilmesi için var olması gereken bazı temel kriterler olduğu kabul edilmelidir. Yani hukuken kişi kabul edildiği takdirde, güçlü yapay zekaların hukuken sahip olacağı haklar yanında, bazı kişisel kapasite kriterlerini taşıyor olmaları gerekmektedir. Kişiliğe yönelik kapasite karşısında kişiliğe uygun olup olmadığına dair uygunluk bu başlık altında incelenecektir[35].

i. Çevresel Etkileşim, Karmaşık düşünme ve İletişim Kabiliyeti

Çevre ile etkileşim, kişilik kapasitesinin varlığı için önemli kabul edilmektedir. Herhangi bir çeşitte, kişiliğe namzet bir varlıktan söz edebilmek için, çevreyle olan sınırlı etkileşim yeterli kabul edilmeyecek, çevre ile anlamlı bir etkileşim içerisinde olması beklenecektir. Çevreyle etkileşim çeşitli, çok yönlü ve gelişmiş olmalıdır. Çevreden gelen çok yönlü tepkilere uygun ve benzer komplekslikte uygun karşıt tepkiler vermelidir. Bunun için ise çevre ile iletişimi sonucunda, karşılaştığı bilgileri analiz edip uygun cevaplar sunmalıdır. Bu çerçevede kişiliği haiz varlık, hem rasyonel hem de deneyimlerden öğrenme kapasitesine sahip olmalıdır. Çevresel veri girişlerini alıp, anlamlandırarak şifreleri çözüp, zihinsel datalar yollamak suretiyle, karşıt tepkiler geliştirmelidir[36].

Yapay zeka, kendisine söylenen herhangi bir ifade karşısında, söylenileni anlayıp, buradan çıkarım yapıp, karşılığında anlamlı bir cevap oluşturacak biçimde sözcükleri bir araya getirebilmelidir ki, iletişimden bahsedebilelim. İkinci olarak sosyal etkileşim içerisinde, bazı kabiliyetler bakımından bir insan kadar iyi olması, hatta daha iyi olması yetmez. İnsana özgü olan asgari sosyal yetenekler bakımından da, gelişkin olması gerekir ki, anlayarak hareket ettiğini kabul edebilelim[37].

O halde insanların karşılaştıkları durumlara karşı tepkilerini beş farklı özellik altında toplamak mümkündür. İlk olarak insan davranışları mekanik

---

35 **Hubbard**, s. 407 vd.
36 **Hubbard**, s. 420.
37 **Zimmerman**, s. 36.

değildir. Bu sebeple verilebilecek tepkiler esnektir. Bir durum karşısında aynı davranışta bulunmak zorunda değildir, birbirinden farklı tepkiler verebilir. İkinci olarak, insanlar belirsiz ve çelişkili mesajlardan bir anlam çıkarma yetisine sahiptir. Belirsiz ve çelişkili durumlar karşısında çıkarılan anlam, insanların bilgi, beceri ve tecrübelerine bağlıdır. Üçüncü olarak bir durum karşısında farklı öğelerin göreceli önemini tanımlayıp, ayırt edebilirler. Bu yetenek daha çok hukuki olarak önem atfedilebilen olaylara yönelik farkındalıkla ilgilidir. Dördüncü özellik, farklı durumlar karşısında benzerlik kurabilirler. Yine son olarak insanlar aynı durumlar karşısında farklılıkları keşfedebilirler[38]. Dolayısıyla bu doğrultuda yapay zekaların, bir insan gibi davranıp davranmadığını somut bir biçimde ölçebilmek adına Allen Turing "Turing Testini" öne sürmüştür. Bu testte bir bilgisayarın insan gibi davranabilmesinin tanımı yapılmıştır. Test şu şekilde işlemektedir. Bir duvarın arkasında iki bilgisayar ve bilgisayarlardan birisinin klavyesinde yazı yazan bir insan, diğerinde ise bir yazılım vardır. Buna göre testi yapan kişi, aldığı ve yazdığı sorulardan karşıdaki kişinin insan mı olduğunu fark edebilecek midir?[39]. Söz konusu testin uygulaması neticesinde nihayet insandan ayırt edilememiş bir yapay zeka ile karşılaşmak mümkün olmuştur[40].

ii. Hayat Amacını ve Planlarını Gerçekleştirebilecek Nitelikte Kişisel Kabiliyet ve Bilinç düzeyi

Türcülük yaklaşımının bir sonucu olarak, insanlar hayvanlardan, sadece düşünce ve iletişimde karmaşıklık kabiliyeti ile değil, ayrıca bilinç unsuru ile de ayırt edilebilir. Fakat bilinç unsurunun doğası ve orijini net bir biçimde bilinemediği için, kişiliğin belirlenmesinde yeterli bir kriter olmadığı düşünülmektedir[41]. Zira bilinç unsurunun var olmasına rağmen kişi statüsünün tanınmadığı veya sınırlı tanındığı hallerin yanı sıra; bilince sahip olmayan kişilere (komadaki kişiler) ya da bilinçten bahsedemeyeceğimiz tüzel kişilerin kişi sayılması durumları çelişkiye sebep olmaktadır[42].

---

38 **Lashbrooke**, s. 296.

39 Bkz. <http://bilgisayarkavramlari.sadievrenseker.com/2013/04/02/turing-testi/>, s.e.t. 11.12.2019.

40 Bkz.< https://listelist.com/google-assistant-turing-testi/>, s.e.t. 20.01.2019.

41 **Hubbard**, s. 420-421; **Ersoy**, s. 82; **Solum, Lawrence** (1992) 'Legal Personhood for Artificial İntelligences', North Carolina Law Review,C: 70, S: 4, s. 1283

42 **Ersoy**, s. 82.

Bilinç unsurunun önemi, kişilik statüsünün belirlenmesi bakımından kişinin bilinçli bir biçimde hayat planlamasını yapması ve buna ilişkin çaba sarfetmesi açısından incelenmelidir. Başka bir ifadeyle kişilik statüsünün belirlenmesi için kişinin benlik bilinci içinde kimliğini saptayan bir varlık olması değil, ayrıca hayatına yönelik planları tasarlayan bir süje olmasını gerekli kılar[43].

Gerçekten de kişi, hayatını tasarlamalı, ona yön vermelidir. Ancak ondan da standartların çok ötesinde bir yaratıcılık beklenmemektedir. Sonuçta insanlar geleceklerini şekillendirmede, farklı kapasitelere sahiplerdir. Hiçbirimiz zamanımızın tamamını planlayarak, yaşamımızı sürdürmeyiz. Alışkanlıklar, günlük rutinler, yaşamın bir parçasını oluşturmaktadır. Benzer şekilde hiçbir varlıktan, bir dahiden beklenecek nitelikte düşünerek, tasarlayarak iletişim kurması da beklenmemektedir. Bu çerçevede geleceği ilişkin hedefler koymak bakımından, insanların hisleri ve duyguları merkezi bir role sahiptir. Benzer şekilde hayvanlar açısından da temel duygulardan söz edilebilir. Çünkü hem insan hem de hayvanlar duygusal varlıklardır. Örneğin maymunlar ve şempanzelerin adalet duygusuna sahip olduğu, bu sebeple ahlaki muhakemede bulunabileceği ileri sürülmektedir. Yine duygu durumları bakımından filler ölülerinin yasını tutar onları gömerler[44]. Ancak yapay zeka varlıkların, robotik makinelerin, bu yönde bir duygu sahibi olduğunu düşünmek güçtür. Elbette onların da yaşam hedefleri vardır. Ancak bu hedefi gerçekleştirmeye dair bir hassasiyetten bahsedemeyiz. Mesela bir makinenin termostat olmanın ötesine geçmesi ya da bilinçli olarak hayatını planlayan bir varlık olması için, makine bu planı gerçekleştirme gayretinde olmalıdır. Öyle ki, koymuş olduğu hedefler hayatını idame ettirmeye yönelik olmanın da ötesinde hayatını geliştirmek için bir amaç ve nedeni barındırmalıdır. Yaşamına anlam verecek nitelikte bir duyguya sahip olmalıdır[45].

---

43 **Hubbard**, s. 420.

44 **Zimmerman**, s. 35; **King, Barbara** (2013) 'How Animals Grieve', London naklen **Zimmerman**, s. 35.

45 **Hubbard**, s. 421-422.

iii. Toplumda Yaşama Kabiliyeti

Kişilik sahibi olan otonom bir kişinin toplum içerisinde, karşılıklı menfaatleri çatışan bireyler içerisinde, onların menfaatlerini gözetebilecek ve aynı zamanda kendi menfaatlerini de koruyabilecek yetiye sahip olması gerekir. İnsanlar gibi bir kişiliğe sahip olabilecek yapay zeka varlıklar da toplumun bir parçası olmalıdır. Toplumdan izole olmuş bir insan veya otonom varlıklar için başka kişilerle iletişim olmayacağı için, karşılıklı haklar ve özgürlükler arasında denge kurmaya da ihtiyaç yoktur. Bu bakış açısıyla tam tersi biçimde toplumun parçası olan kişi ise, sorumlu davranmalıdır. Bilinçli bir varlığın sorumluluğu, kişiliğin kapsam ve doğasının nasıl tanımlandığıyla doğrudan ilintilidir. Yapay zeka varlığa kişilik atfedilecek ise, toplumun diğer kişileri ile olan ilişkileri sonucunda oluşabilecek ihlallerden kaçınmalı, onların haklarına saygı duymalıdır. Burada en önemli husus, bu menfaat dengesini kurabilecek bilinç seviyesine erişebilmesidir[46]. Zira ahlaksal bir özne, yalnızca kendi çıkarlarını değil, başkalarının çıkarlarını da düşünerek hareket eden bir bireydir[47].

b. Hukuki Kişilik Statüsünde Kapasite Kriterlerinin Uygulanması

Kişilik kapasitesi için önerilen standart, yapay zeka varlığın davranışlarındaki yeterliliğe, kabiliyete dayanır ve karmaşık çeşitlilikte etkileşim göstermesi ve modus vivendinin bir üyesi olup olmadığına göre şekillenir. Fakat kapasiteye yönelik standartların belirlenmesi oldukça güçtür, çünkü soyut ve belirsizlik hakimdir. Bu durum da kapasite kriterleri keyfilik potansiyeli yüksek bir çerçeve çizer, tıpkı kompleks düşünmeye ilişkin yeterlilik gibi (çocukların yeterlilikleri dahi farklıdır). Dolayısıyla bu argümanlar ve karşı argümanlar önemli ve değerlidir. Doktrinin değerlendirilmeye başlaması da bu argümanlarla gerçekleşmiştir. Ancak bunlarda kişilik statüsünün ne olduğuna dair kesin tanımlar bulunmamaktadır ve bireyselliği neden sağlayabileceğimizi, en azından sağlamak isteyeceğimizi etik açıdan ele almalarına karşın mekanizmanın bunu gerçekleştirmek için neden var olduğunu, birey olmanın soyut olarak, ge-

[46] **Zimmerman**, s. 423-424.
[47] **Ersoy**, s. 152.

nel anlamda ne ifade ettiğini hukuki açıdan ele almamakta veya işe yarayabilecek yürürlükteki herhangi bir hukuki tanım sunmamaktadır[48]. Bu sebepten dolayı da hangi varlıkların kişi sayılacağını belirlemek hukuk politikasının sorunudur ve bu kriterlerin uygunluğu ne olursa olsun, kişilik statüsünü belirlemek yasa koyucuya düşer. Dolayısıyla kişilik statüsünün belirlenmesinde önemli rol oynayan bilinç, somut bir sonuç veremeyecektir, daha çok sübjektiftir. Normatif ve yargısal perspektifler de objektif sonuçlar sağlamaktan uzaktır. Ancak bu kriterlerin her ne kadar insan zihninin doğası ve insan bilinci tanımlamaktan çok uzak olsa da, kişilik statüsünün kazanılabilmesi ya da daha farklı deyişle hak edilebilmesi için belirli ölçütler verdiği de unutulmamalıdır. Zaten insanların dahi otonom olarak adlandırılması çabaya muhtaçtır. Zira kadın haklarına yönelik kültürel anlaşmazlıklar ve isteksiz biçimde kabul edilen taahhütler düşünüldüğünde medeni ve siyasi hakların yeterli olmadığı anlaşılır[49].

Bu sebeple mevcut kriterle ile deneysel olarak davranışların incelenmesi ve bir yapay zekaya hukuki kişilik verilmesi için uygun görülse bile, aslında bu sorun temelde hukuk ve politikanın sorunudur. Gerçekten de yetişkin temyiz kudretine sahip olan ve kısıtlı olmayan bir kadın, kişilik kriterleri uygulandığında herhangi bir handikapla karşılaşmaz, fakat birçok kültür kadının haklarını kısıtlı bir biçimde algılar. Öte yandan liberal, eşitlikçi kişilik anlayışında insanlar arasında ayırım kabul görmese dahi, hayvanların hukuki statüsünde dışlayıcı bir yaklaşımları vardır. Çünkü liberal kişilik statüsü beşeri varlıkları üstün tutmayı hedefleyerek; türcü bir yaklaşıma sahiptir[50].

3.Yapay Zekalar İçin Hukuki Statüye İhtiyaç Olup Olmadığına İlişkin Görüşler

a.Yapay Zeka Varlığın Kişi Statüsünü Reddeden Görüşler

Yapay zekalar bakımından kişilik statüsünün reddedilmesinin ilk sebebi, söz konusu varlıklar tarafından kişilik statüsüne ihtiyaç duyulmaması iddiasıdır. Bu görüşü savunanlara göre, yapay zeka varlığın otonom hale gelmesinde

48 **Zimmerman**, s. 40.
49 **Zimmerman**, s. 428-429.
50 **Zimmerman**, s. 429-430.

kaynaklanan hukuki sorunlar, onlara kişilik tanınarak ya da sorumluluk yüklenerek çözülmek zorunda değildir. Ortaya çıkabilecek sorunlar, kullanım alanlarına bağlı olarak verilecek sınırlı hak ve sorumlulukların verilmesiyle ve belirli sigorta sistemlerinin entegre edilmesiyle ortadan kaldırılabilecektir. Bu görüş kapsamında, yapay zekanın eşya olarak kalmaya devam edebileceği ileri sürülmüştür[51]. Bu yaklaşım ise, herhangi bir alet gibi bir kimsenin eşyası olarak kabul etmek ve yapay zekanın gerçek ve tüzel kişinin mülkiyetinde yer almasını savunmak anlamına gelir[52].

Yapay zekanın kişisel statüsünü reddedenlerin bir diğer savunusu, kölelik görüşüdür. Gerçekten de kölelik görüşü yapay zekaları eşya statüsünde tutma adına kullanışlı bir diğer yoldur. Bu görüşe göre, yapay zekanın faydasının maliyetini aşması halinde köle olarak faydalanılabileceğidir. Zira birçok insana göre, ekonomik açıdan çok külfetli değilse, herhangi bir varlık üzerinde kendi menfaatine uygun biçimde kontrol duygusu çekici gelebilir. Kölelik görüşünü savunanlara göre, yapay zeka basit bir eşya gibi düşünülmemelidir, fakat türcülük anlayışı gereği yapay zekanın eşya statüsü dışında herhangi bir statüye sahip olamayacağı da göz ardı edilmemelidir[53]. Çünkü yapay zeka, ne kadar da insana özgü yetilerle donatılmış olursa olsun, hiçbir zaman bir insan olmayı başaramayacaktır. Bunun neticesinde de yapay zeka varlığın insan olmaması gerekçesiyle kölelik durumu, meşrulaştırılır. Zira insan kölelik modelini kullanarak, yapay zeka varlıklara hukuki kişilik statüsünü reddetmektedir. Çünkü bu görüşü savunanlara göre yapay zekalar, insanların ürettiği eşyalardır. Locke'a göre mülkiyet anlayışı çerçevesinde her insanın ürettiğine sahip olma hakkı vardır. Bu görüşe dayanarak insanlar ürettikleri yapay zekalara sahip olduklarını savunabilirler. Bununla birlikte Locke'un görüşünde, mevcut kurala çocuklar istisna olarak tutulmuştur. Dolayısıyla çocuklar ayırt etme gücü sınırlı dahi olsa kişidir. Anne babaları onlara bakmakla yükümlüdür. Çocukların geleceğini şekillendirmek için yapılan tüm masraflar ebeveynlerin yükümlülüğündedir[54]. Buna rağmen haklı olarak öğretide, kölelik görüşüne karşı önemli itirazlar bulunmaktadır. Bu görüşler genel olarak, insanlık tarihinin binlerce

---

51 **Thomas**, **Pérennou**, State of the Art On Legal Issues, 2014, s. 10; Ayrıca bkz. **Ersoy**, s. 85.

52 **Alexandre, Maia**, 'The Legal Status of Artificially İntelligent Robots', <.https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_i d=2985466>, s. 12, s.e.t. 15.01.2019; Ayrıca bkz. **Bak**. 217.

53 **Alexandre**, s. 16 vd; Ayrıca bkz. **Bak**, s. 218.

54 **Zimmerman**, s. 430.

yıllık ayıbı olan köleliği, tekrar hukuk sistemine dahil etmenin doğuracağı sakıncalara dikkat çekmektedir. Köleliğin kaldırılması için yapılan mücadeleler, verilen savaşlar düşünüldüğünde, yapay zekalara hukuki statü vermenin, onları eşya statüsünde bırakabilmenin bir yolu olarak köleliğin yeniden gündeme getirilmesi, verilen mücadeleleri boşa çıkarmaktan başka hiçbir işe yaramayacak ve neticede de hukuki sorunlara çözüm sunmayacaktır[55].

b. Yapay Zekanın Kişiliğini Kabul Eden Görüşler

Yapay zeka varlığın hukuki olarak kişiliğini kabul eden görüşlere göre eşitlik ilkesi gereğince gerekçelendirilir. İnsan hakları için yine Locke'yan bakış açısı çerçevesinde, aynı özelliklere ve tür, kapasiteye sahip insanlar eşit olmalıdır. Eğer yapay zeka varlık, insana özgü özelliklere sahip ise, yapay zeka olmasının bir önemi olmamalı. Onu da hukuken kişi olarak kabul etmeliyiz. İnsanlığın dominat statüsünü ya da insana yönelik bir tehdit oluşturmadığı sürece, yapay zeka varlıklar da kişi kabul edilmelidir. Böylece kişilik kavramının sağ duyulu yapılmasıyla, liberal insan kavramı tutarlı bir biçimde ele alınır. Yine yapay zeka varlıklara kişilik ve hukuki sorumluluk vermek, bilinçli otonom bilgisayarların olduğu bir ülkede ekonomik gelişime ciddi avantaj sağlar. Zira mevcut hukuki sorunların çözümü olacağı için, yapay zeka varlıkları gelişimi ürkütücü olarak değerlendirilmeyecektir. Daha cesur adımlar atmak mümkün olur. Belki daha da önemlisi, toplumlarda, kişilik hakkı, hak sahibi olma ve borç altına girmeyi sağladığı için, toplumda güveni huzuru ve stabilliği arttıracaktır[56].

i. Tüzel Kişilik Önerisi

Yapay zekalar otonomik ve bilişsel yapıları sebebiyle, asla gerçek kişi olarak kabul edilmeyecektir. Ne var ki, yapay zeka varlıklar bakımından tartışılmakta olan birçok hukuki problem, onları yadsımaktan ziyade hukuki olarak tanımaktan geçmektedir. Çünkü otonom olarak yapay zekaları basit bir makine olarak da adlandıramayız. Zaten bilindiği üzere hukuken yalnızca insanlara yasal bir statü verilmemiştir. Mevcut hukuk sistemimizde tüzel kişiler de hukukun kişilik tanımış olduğu öznelerdir. Bu görüş çerçevesinde, yapay zekalara

[55] **Uzun**, s. 16; **Ersoy**, s. 95.
[56] **Zimmerman**, s. 431.

şirketler gibi, bağımsız bir kişi ve mülkiyetin konusu olan bir eşya arasında kalan özel statü verilebileceği savunulmaktadır[57].

ii. Elektronik Kişilik Önerisi

Avrupa Parlementosu'nun 27. Ocak 2017 tarihli raporunda yapay zekalara kişilik verilmesi açısından bir dizi öneri ve tavsiyeler yayınlanmıştır. Burada belki de en dikkat çekici olan öneri, gerçek kişi ve tüzel kişi dışında, yeni bir tür olan elektronik kişiliğin verilmesi düşüncesidir. Bu bağlamda rapor yapay zeka varlığa yönelik kişilik statüsünü öneren ilk resmi belgedir. Aslında elektronik kişilik önerisi de yapay zeka varlıkların sui generis durumlarına uygun bir öneridir[58]. Zira en azından şimdilik insanın yasal statüsüne sahip olamayacağını, ifade eden rapor, bir alternatif olarak elektronik kişiliğin kabul edilebileceğini belirtiyor. Aynı şekilde yapay zeka varlıkları bir eşya olarak kabul etmek de mümkün görünmüyor[59]. Yapay zeka, bir kimsenin eşyası olmaktan ziyade, hak sahibi olabilen ve borç altına girebilen, belki de vergi mükellefi olabilen bir kişidir[60].

Rapor her yapay zekanın resmi sicile kaydedilmesi ve tazminat sorumluluğunun oluşması halinde yapay zeka varlıklara özgü kurulan maddi fonlara başvurulması gerektiği önerisini ileri sürmüştür[61].

Raporun bir diğer önemli önerisi ise, yapay zekalara, verdikleri zararlar karşısından hukuki sorumluluğun benimsenmesi yönündedir. Yapay zeka varlığı hukuken bir kişi olarak benimsenmesinin bir sonucu niteliğindeki bu öneri

---

57 **Bozkurt/Bak**, 18-20; Ayrıca bkz. **Eidenmüller, Horst**, 'Robot's Legal Personality', https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2017/03/robots'-legal-personality, s.e.t. 25.12.2018; **Calverley, David**, 'Artificial Intelliegence As a Legal Person', The Journal of Personal Cyber Conscioss, <http://www.terasemjournals.org/PCJournal/PC0201/calverley_d.html>, s.e.t. 12.01.2019; **Bak**, s. 219; **Bayamlıoğlu, Emre** (2008) 'Akıllı Yazılımlar ve Hukuki Statüsü: Yapay Zeka ve Kişilik Üzerine Bir Deneme', Uğur Alacakaptan'a Armağan, C. II, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 139.

58 **Bozkurt/Bak**, s. 22; European Parliament Report, Report with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)), Introduction B, http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0005+0+DOC(2015/2103(INL)), Introduction B, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0005+0+DOC+XML+V0//EN>, s.e.t. 22.12.2018, s. 9.

59 **Ersoy**, s. 89.

60 **Bozkurt/Bak**, s. 22.

61 **Ersoy**, s. 89.

de, yapay zekalar verdikleri zararlardan kusursuz sorumluluğunu öngörmektedir. Sebep olunan zararın tazmini için, yalnızca zarar ile yapay zekanın fiili arasındaki nedensellik bağının ispatı sorumluluğun doğması için yeterlidir[62].

iii. İnsan Olmayan Kişi

Hukuk sistemlerinin, kendilerine haklar verdiği ve borçlar yüklediği, hukuki bağlamda kişilik bahşettiği hukuk süjeleri, günümüzdeki teknolojik ve sosyal gelişimler neticesinde yalnızca insanlarla, beşeri varlıklarla sınırlı olmayacağı uzun süredir bilinen bir gerçektir. Bu bağlamda tüzel kişiler de, insanlar dışında kalan ve kendilerine varsayımsal bir kişilik tanınmış olan belirli bir amaca yönelmiş kişi veya mal topluluklarıdır. Bununla birlikte tüzel kişiler, insan değildir ve yapay zeka gibi insana özgü otonom bir yapıya sahip değildir. Ama konu yapay zekaya geldiğinde ise, insana özgü yetilere bu kadar yakın ve fakat insan olmayan süjeler bakımından, yeni kişilik modellerinin önerilmesi zorunlu hale gelmiştir[63]. Bu açıdan son zamanlarda "insan olmayan kişi" kavramı ortaya atılmıştır[64]. Yapay zekalar, her ne kadar otonom ve bilişsel olarak insani yetilere sahip olsalar da, en nihayetinde insan değildir ve beşeri varlıkları tanımlayan gerçek kişilere özgü hak statülerinin dışında bir kavramla hukuk süjesi olmalılardır. Ayrıca bu görüş uyarınca hayvanların hukuki statüsünün de bu kavram içerisinde değerlendirilmesi önerilmektedir[65].

c. Değerlendirme

Yapay zeka kavramının derin öğrenmenin keşfi ile birlikte, bilim kurgu filmlerini aratmayacak türden bir gelişme göstereceği artık aşikardır. Nitekim yapay zeka, insan kabiliyetlerini aşan oranda, giderek otonom hale gelmektedir. Bu sebeple yapay zeka varlıklara ilişkin gelişmeleri görmezden gelmek yerine, karşılaşılabilecek hukuki ihtilaflara çözüm üretmek bakımından hazırlıklı hale gelmeliyiz. Kanaatimizce yapay zeka varlıklar, hukuken kişiliği haiz olmalılar. Çünkü ancak hukuki statünün varlığını kabul ettiğimizde, yapay zekanın hak sahibi olabileceği, borç altına girebileceği, hukuki ve cezai sorumluluk altında

---

62 **Bak**, s. 224.

63 **Bak**, s. 216.

64 Samsun Barosunun , "Medeni Kanun 2.0" adlı kanun taslağı ile gerçek ve tüzel kişilerin yanına "insansılar" başlıklı bir ek yapılması amacıyla hazırladıkları taslağı, 2023 yılında TBMM'ye sunmayı hedefledikleri ifade edilmektedir. <https;//tr. Sputniknews.com/yasam/201711101030945810-medeni-kanun-robot/>, s.e.t, 20.01.2019, ayrıca bkz. **Bak**, s. 230; **Ersoy**, s. 87.

65 **Üstün, Çağatay/Kuzgun, İmre** (2013) 'Hayvan Hakları İçin Yeni Bir Umut, İnsan Olmayan Kişi Kavramı', Fasikül Hukuk Dergisi, C: 5, S: 47, s. 17.

değerlendirilebileceğini kabul etmiş oluruz. Bu çerçevede eşya/köle statüsünden, özne, kişi statüsüne doğru bir yolu benimsemekteyiz. Öğretide yapay zeka varlıkların kişi olamayacağını, eşya olarak değerlendirilmesi gerektiğini kabul eden görüşe katılmamaktayız. Bu görüşe göre, yapay zeka varlıklarla ilgili oluşabilecek sorunlar, onlara kişilik tanınarak ya da sorumluluk yüklenerek çözülmek zorunda değildir. Ortaya çıkabilecek sorunlar, kullanım alanlarına bağlı olarak verilecek sınırlı hak ve sorumlulukların verilmesiyle ve belirli sigorta sistemlerinin entegre edilmesiyle ortadan kaldırılabilecektir. Ne var ki, geleceğe dair yaşanabilecek birçok olası problemi bu bakışı ile çözmenin imkansız olduğunu düşünmekteyiz. Benzer biçimde yapay zekayı türcülük yaklaşımı sonucu eşya statüsünde tutmayı hedefleyen kölelik görüşü de, ihtiyaç duyulan çözümü sunmayacaktır[66].

Yapay zekaya kişilik statüsünün verilmesini benimseyen mevcut görüşlere baktığımızda ise uygun görülen terimlerin tüzel kişilik, elektronik kişilik, insan olmayan kişi başlığı altında ele alındığı görülmektedir. Bu görüşlerin her biri hukuki statünün değerlendirilmesi noktasında işlevsel olmakla birlikte, yeterli değildir. Sonuç itibariyle mevcut haliyle Türk hukuku incelendiğinde, herhangi bir hukuk düzenlemesi söz konusu değildir. Ancak Avrupa Parlementosu'nun elektronik kişilik önerisi bu boşluğu doldurmak bakımında son derece kıymetli bir çabadır. Bu rapora göre, yapay zekaya ilk etapta elektronik kişilik verilmesi, daha sonrasında ise, verdiği zararlardan sorumluluğun kime ait olacağına yönelik kusursuz sorumluluk tavsiye edilmiştir. Yapay zekanın kullanım alanının genişliği ve bilişsel yeteneklerinin öngörülemez adaptasyonu düşünüldüğünde, yapay zeka varlığı eşya statüsünde tutmak ve ona sorumluluk yüklememek, gerçekleşebilecek teknolojik devrimin beraberinde birçok hukuki ihtilafı doğurmasına neden olacaktır. Zira yapay zekaya üçüncü tür kişilik verilmesi, kişiliğin sınırlarının ve bu kapsamda sorumluluğunun belirlenmesi, yapay zeka varlıklara yönelik bir hak kazanımı değil, sorumluluğun nasıl hakkaniyete uygun biçimde paylaştırılabileceğine yönelik düzenlemeleri amaçlamaktadır[67]. Raporun diğer önerilere kıyasla, en avantajlı kısmı, her yapay zekanın resmi sicile kaydedilmesi ve tazminat sorumluluğunun oluşması halinde yapay

[66] **Ersoy**, s.94-98.
[67] **Bak**, s. 224-226.

zeka varlıklara özgü kurulan maddi fonlara başvurulması gerektiği önerisini ileri sürmesidir. Böylece kusursuz sorumluluğun, zemini sağlam bir dayanağa oturtulması sağlanmıştır. Öte yandan günümüzde yapay zekanın bozulması ya da kontrolden çıkması halinde, sorumluluk üreticiye veya kullanıcıya ait olacakken; rapordaki öneriye göre yapay zekanın öğrenme kapasitesinin ve özerkliğinin artmasıyla, giderek yapay zekanın üzerinde kalacaktır. Bu yaklaşım da teknolojik gelişmelere paralel biçimde düzenlemenin geçerliliğinin yitirilmemesine yarayacaktır. Fakat belirtmeliyiz, söz konusu öneri, öğretideki yapılan tartışmaları sonlandırma gücüne sahip değildir. Çünkü hala üye ülkelerin öneriyi benimseyip benimsemeyeceği ve kişilik önerisinin hangi sınırlarla kabul edileceği belirsizdir[68].

Yine yapay zekaya, tüzel kişiliğin verilmesi fikri üzerinde durmak gerekirse, elbette bu önerinin hukukun halihazırda tanımış olduğu "tüzel kişilik" kavramından ayrılan bir yapıda olduğu unutulmamalıdır. Buna rağmen önerinin aksayan yönüne baktığımızda, kavramın kapsamının belirsizliği, yapay zeka varlığın kişiliğe yönelik ehliyetlerinin ne gibi hak ve yükümlülükler doğuracağının incelenmemesini söyleyebiliriz. Benzer eleştiriyi "insan olmayan kişi" terimi bakımından da söylemek mümkündür. Özetle yapay zeka varlıklar için sorumluluk, hak ve fiil ehliyetlerinin, kendine özgü biçimde belirlendiği bir hukuki statünün kabul edilmesi gereklidir. Bu gereklilik yapay zekanın yeteneklerinin giderek artması sonucunda, karar alma özerkliğinin artması ve artık üreticisi ya da eşya olarak ele alındığında sahibine bu kararların yükletilemeyeceği haller düşünüldüğünde açıkça görülmektedir. Dolayısıyla gelişebilecek hukuki sorunları kanaatimizce yapay zekayı eşya ya da köle olarak kabul ederek çözemeyeceğimize inanmaktayız. Bununla birlikte kişilik statüsüne yönelik önerilen görüşlere baktığımızda ise, önerilen görüşlerin açık kısmının, kişiliğin ne tür bir kapsamda verileceğinin ve bir sorumluluk yüklenecek ise, bu sorumluluğun yapay zekaya nasıl yansıtılacağının belirsiz olması olarak değerlendirebiliriz. "Elektronik kişilik" önerisi bu açıdan, diğer görüşlere nazaran daha somut önerileri kapsamaktadır. Ancak yine de tam anlamıyla ihtiyacı karşılayacak hukuki

[68] **Bak**, s. 227.

zeminin sağlanması, milli hukuk düzenlemelerinde yapay zekaya ilişkin kanunlaştırma hareketlerinin başlaması ve henüz bebek sayılabilecek bu hukuk branşının uygulamalar neticesinde aksayan yönlerinin görülmesiyle mümkündür. Bu sebeple her bir tartışmanın bu yolda kat edilebilecek önemli adımları sağladığını kabul ederek, yapılacak hukuki düzenlemelerin, karşımıza çıkacak sorunları çözüme kavuşturabilmesi için, teknolojik gelişmelere uygun biçimde gelişimini sürdürebilmesi gerektiğini savunuyoruz.

SONUÇ

Yapay zekanın geleceği, mevcut halinden çok daha gelişmiş hale geleceği düşünüldüğünde, üzerine araştırmaların yapılmasını gerekli kılan bir konu olmuştur. Yapılan tartışmalar incelendiğinde, yapay zekanın, insanlığı ele geçireceğini ve bu sebeple insan türcülüğünün sonucu olarak, insanların kontrolü altında tutulmasını savunan görüşler olduğu kadar; insanlık için önemli faydalarının olacağını kabul eden görüşler de mevcuttur. Tüm bu tartışmaları, yapay zekaya kişilik verilip verilmemesini hukuki bağlamda düzenleyerek nihayete erdirmek mümkündür. Zira yapay zekaya genel hukuki statüde kişilik verilmesi ile birlikte yapay zeka kendi eylemleriyle hak sahibi olabilecek ve borç altına girebilecektir. Ayrıca yapay zekanın kendi eylemleri sonucunda, bir başka kişiye zarar vermesi halinde, sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Yine yapay zekaya kişilik verilmesi neticesinde, davaya taraf ehliyeti olabilecek ve hatta yapay zeka avukatları düşündüğümüzde bir davada bir tarafı temsil edebilecektir. Ancak unutulmamalıdır ki, yapay zekalar ne kadar gelişkin olacak olurlarsa olsunlar, tıpkı tüzel kişiler gibi, kişilik statülerinde kendilerine özgü, bir takım sınırlamalarla karşılaşmaları mümkündür.

Türkiye'de yapay zekanın hukuki statüsü çerçevesinde somut bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu kapsamda yapılan tartışmalar incelendiğinde, yapay zekanın eşya olarak kalmasını, yapay zekaya tüzel kişilik verilmesini ya da onu insan olmayan kişi, elektronik kişi, yapay insan olarak kabul etmeyi uygun gören görüşler söz konusudur. Aslında bu süreçte, yapılan tüm tartışmalar kendi içinde değerli ve önemlidir, her biri yapay zeka kavramını hukuk sistemi içine dahil etmek açısından dikkat çekici nüanslara sahiptir. Bununla birlikte Avrupa Parlementosu'nun elektronik kişilik ve kusursuz sorumluluk verilmesi

önerisinden sonra boyut değiştirmiştir. Fakat yine de açıklanmaya muhtaç birçok husus hala bulunmaktadır. Zira Avrupa Parlementosu'nun bu raporu benimseyip benimsemeyeceği ya da ne ölçüde benimseyeceği belirsizdir. Benzer şekilde hukuken kişilik tanınması haricinde, tanınan bu kişiliğin sınırları ve istisnaları hususunda netlik yoktur[69]. Dolayısıyla hukukumuz açısından, yapay zekaya ilişkin dünya çapındaki gelişmeleri takip etmek, yasal düzenlemeleri ivedilikle gerçekleştirmemiz gerekir. Bu bağlamda doktrin tartışmaları, lehte ve aleyhte görüşler, yasal düzenlemeyi geliştirecek en önemli verilerdir. Kanaatimizce giderek daha otonom ve akıllı hale gelen yapay zekalar karşısında, hukuki kişilik tartışmasız kabul edilmelidir. Fakat söz edilen kişilik kavramı, yapay zekalara özgü, sui generis, kendine uygun sınırları olan mevcut kişi kavramlarından bağımsız bir kişi olmalıdır. Böylece, Türkiye'de uluslar arası düzenlemelere uygun bir yasal düzenlemeye kavuşturulmasıyla, yapay zekaya yönelik teknolojik gelişmelere daha cesaretle yaklaşılır. Hukuki güvenlik ortamının sağlamasıyla da bu yönde yatırımların teşviki kolaylaşacaktır. Aksi durumda yapay zeka varlığı, eşya statüsünde tutarak, onu bir nevi yadsımak, mevcut gerçeklere aykırı bir yaklaşım olacaktır.

[69] **Bak**, s. 230.

KAYNAKÇA

Akkaraca, Melike (2012) ' Cumhuriyet Kıskacında Birey ve Devlet İlişkileri', Muhafazakar Düşünce Dergisi, S: 32, s. 47-67.

Alexandre, Maia, 'The Legal Status of Artificially İntelligent Robots', <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_i d=2985466>, s.e.t. 15.01.2019.

Ayyüce Kızrak, M. 'Motivasyon, Yapay Zeka ve Derin Öğrenmenin Hikayesi', <https://yapayzeka.ai/motivasyon-yapay-zeka-ve-derin-ogrenmenin-hikayesi/>, s.e.t. 18.01.2019.

Bak, Başak. (2018) 'Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Yapay Zeka Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk', TAAD, Y: 9, S: 35, s. 211-232.

Bakırcı, Mert, 'Yapay Zeka Hakkında Bir Rehber, Nedir, Ne değildir, Ne Olacaktır', <https://evrimagaci.org/yapay-zeka-hakkinda-bir-rehber-nedir-ne-degildir-ne-olacaktir-3667>, s.e.t. 19.01.2019.

Bayamlıoğlu, Emre (2008) 'Akıllı Yazılımlar ve Hukuki Statüsü: Yapay Zeka ve Kişilik Üzerine Bir Deneme', Uğur Alacakaptan'a Armağan Cilt II, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

Bozkurt, Armağan/Bak, B. (2018) 'Yapay Zeka', Futurist Hukuk, İstanbul, Aristo Yayınları.

Calverley, David. 'Artificial Intelliegence As a Legal Person', The Journal of Personal Cyber Consciosness, <http://www.terasemjournals.org/PCJournal/PC0201/calverley_d.html>. s.e.t. 12.01.2019.

Chopra, Samir /White, Laurence 'Artificial Agents: Personhood in Law and Philoshophy', <http://www.sci.brooklyn.cuny.edu/~schopra/ agentlawsub.pdf> s.e.t. 15.01.2019.

Çolak, Yılmaz (2012) 'Haklar ve Aidiyet Arasında Birey', Muhafazakar Düşünce Dergisi, S: 32, s. 25-46.

Dural, Mustafa. /Öğüz, Tufan (2009) Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi.

Dülger, Murat (2018) 'Yapay Zekalı Varlıkların Hukuk Dünyasına Yansıması, Bu Varlıkların Hukuki Statüleri Nasıl Belirlenmeli?' Terazi Hukuk Dergisi, C: 13, S: 142, Haziran, s. 82-87.

Elmas, Çetin (2016) Yapay Zeka Uygulamaları, 3. Bası, Ankara, Seçkin Yayınları.

Nabiyev, Vasif (2016) Yapay Zeka, 5. Bası, Ankara, Seçkin Yayınları.

Eidenmüller, Horst, 'Robot's Legal Personality',
<https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2017/03/robots'-legal-personality>, s.e.t. 25.12.2018.

Ersoy, Çağlar (2017) Robotlar Yapay Zeka ve Hukuk, 2. Bası, İstanbul, Oniki Levha.

Goldfeder, Mark /Razin, Yosef (2015) 'Marriage and The Law', 10, j, L. &Soc. Deviance 137, s. 137-176.

Kowert, Weston (2018) 'The Foreseeability of Human Artificial İntelligence İnteractions', Texas Law Review, Volume 96, s. 181-205.

Köse, Şükrü, 'Yapay Zeka ve Hukuk', <https://yapayzeka.ai/kategori/hukuk/>, s.e.t. 22.12.2018.

Kuyumcu, Birol 'Derin Öğrenme II', < https://yapayzeka.ai/derin-ogrenme-2/>, s.e.t. 20.01.2019.

Lashbrooke, E. C. (1988) Legal Reasoning and Artificial İntelligence, 34 Loy. L. Rev. 287, s. 287-310.

Hattenbach, B. /Glucof, J. (2015) Patents İn Era of İnfinite Monkeys and Artificial İntelligence, 19, Stan. Tech, L. Rev, 32, s. 51, <https://journals.law.stanford.edu/sites/default/files/stanford-technology-law-review/print/2015/10/19-1-2-hattenbach-glucoft-infinite-monkeys.pdf>, s.e.t. 17.01.2019.

Hubbord, F. Patrick. (2011) 'Do Androids Dream: Personhood and Intelligent Artifacts', 83 Temp. L. Rev. 405, s. 406-432.

Özel, Mert. 'Yapay Zeka Devrimi, Süper Zekaya Giden Yol Çok Yakınımızda', <https://evrimagaci.org/yapay-zeka-devrimi-1-superzekaya-giden-yol-cok-yakinimizda-444>, s.e.t. 09.01.2019.

Özparlak, B. O. 'Francis Bacon'dan Yapay Zeka'ya: Hukuk ve Teknolojinin Dansı', <https://yapayzeka.ai/francis-bacondan-yapay-zekaya-hukuk-ve-teknolojinin-dansi/>, s.e.t. 13.01.2019.

Solum, Lawrence. (1992) 'Legal Personhood for Artificial İntelligences, North Carolina Law Review', C: 70, S: 4, s. 1231-1287.

Urban, Tim, 'The AI Revolution, Our İmmortality Or Extinction', <https://waitbutwhy.com/2015/01/artificial-intelligence-revolution-2.html>, s.e.t. 26.01.2019.

Uzun, Fatih Burak (2016) 'Gerçek Kişilerin Hak Ehliyeti ve Hak Ehliyetine Uygulanacak Hukukun Tespiti', Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 6, S: 2, Aralık , s. 11-47.

Üstün, Çağatay/Kuzgun, İmre (2013) 'Hayvan Hakları İçin Yeni Bir Umut, İnsan Olmayan Kişi Kavramı', Fasikül Hukuk Dergisi, C: 5 S: 47, s. 13-21.

Torrance, Mark AI vs Machine Learning vs Deep Learning, <https://www.youtube.com/watch?v=3WhpAKJcggl>, s.e.t. 03.01.2019.

Zevkliler, Aydın. /Acabey, M.Beşir./Gökyayla, Emre (2000) Medeni Hukuk, Aile Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Zimmermann, Evan. J. 'Machine Minds, Frontiers İn Legal Personhood', <https://ssrn.com/abstract=2563965>, s. 1-43, s.e.t. 23.12.2018.

İnternet Adresleri:

European Parliament Report, Report with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics(2015/2103(INL)), Introduction B,

http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0005+0+DOC(2015/2103(INL)), Introduction B,

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0005+0+DOC+XML+V0//EN>, s.e.t. 22.12.2018.

<https://listelist.com/google-assistant-turing-testi/>, s.e.t. 20.01.2019.

<https://bilgisayarkavramlari.sadievrenseker.com/2013/04/02turing-testi/>, s.e.t. 11.12.2019.

DOĞUMLA TÜRK VATANDAŞI OLUP ÇIKMA İZNİ İLE TÜRK VATANDAŞLIĞINDAN AYRILAN KİŞİLERİN (MAVİ KART HAMİLLERİNİN) SOSYAL GÜVENLİK HAKKI

Arş. Gör. Elif Hande ALTINTAŞ *

ÖZET

Türk Vatandaşlığı Kanunun 28'inci maddesinde, doğumla Türk vatandaşı olup çıkma hakkı kullanarak Türk vatandaşlığından ayrılan kişilerin ve bu kişilerin üçüncü dereceye kadar altsoylarının(mavi kart hamillerinin), askerlik yapma yükümlülüğü, muafen araç ve ev eşyası ithal etme hakkı, seçme ve seçilme hakkı ve bir kadroya dayalı ve kamu hukuku rejimine tâbi olarak aslî ve sürekli kamu hizmeti görevlerinde bulunma istisnaları dışında, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanabilecekleri düzenlenmiştir. Hükümde ilave olarak bu kişilerin, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı olup bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tâbi oldukları da düzenlenmiştir. Bu kapsamda Kanunda sayılan mavi kart hamillerince kullanılamayacak istisnaî haklar arasında, sosyal güvenlik hakkı yer almadığından bu kişiler, sosyal güvenlik hakkından Türk vatandaşları gibi yararlanmaya devam edebileceklerdir. TVK'nın 28'inci maddesinde sosyal güvenlik hakkının kullanılması açısından iki hususa ayrıca vurgu yapılarak, hakkın kullanılması güvence altına alınmıştır. İlk olarak hükümde, mavi kart hamillerinin sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış haklarını, çıkma yolu ile Türk vatandaşlığından ayrıldıklarında dahi kullanmaya devam edebilecekleri düzenlenmiştir. Hükümde vurgulanan diğer bir husus ise sosyal güvenliğe ilişkin hakların kullanılmasının, Türk hukukunda yer alan sosyal güvenliğe ilişkin özel kanunlardaki şartlara bağlı olmasıdır. Bu kapsamda mavi kart hamilleri, sosyal güvenliğe ilişkin haklarını, Türk hukukunda sosyal güvenliğe ilişkin özel kanunlarda yer alan şartlara bağlı olarak Türk vatandaşları gibi aynen kullanabileceklerdir.

Anahtar Kelimeler: Doğumla Türk Vatandaşı Olup Çıkma İzni ile Türk Vatandaşlığından Ayrılanların Hakları, TVK m. 28, Mavi Kart Hamillerinin Sosyal Güvenlik Hakkı, Sosyal Güvenlik Hakkı.

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, ehandealtintas@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-0060-7094 (Geliş Tarihi: 20.03.2019 – Kabul Tarihi: 18.06.2019)

THE RIGHT TO SOCIAL SECURITY OF PERSONS WHO HAD BEEN TURKISH CITIZENS BY BIRTH BUT LOST THEIR CITIZENSHIP BY OBTAINING RENUNCIATION PERMIT (BLUE CARD HOLDERS)

ABSTRACT

According to Article 28 of the Turkish Citizenship Law, persons who had been Turkish citizens by birth but lost their citizenship by obtaining renunciation permit (Blue Card holders) and their descendants to third degree shall continue to benefit from the same rights granted to Turkish citizens, other than those, the obligation to military service, the right to import exempted vehicles and household goods, the right to vote and to be elected and the right to be employed in public office. In addition, the Article provides that their acquired rights to social security are reserved and shall be subject to the provisions of the relevant laws applicable.In this regard, Blue Card holders will continue to benefit from social security rights in the same way as Turkish citizens, since social security rights are not enumerated in the Article among the exceptional rights which Blue Card holders cannot benefit, Under Article 28 of the Turkish Citizenship Law, two aspects regarding the use of social security rights are emphasized, and hence, the right to benefit from social security is guaranteed. In the first place, it is ensured that Blue Card holders shall continue to benefit from their acquired rights related to social security, even though they lost their Turkish citizenship by renunciation. Another point emphasized in the provision is that the use of social security rights is subject to the provisions of the relevant laws applicable under Turkish law. In this regard, Blue Card holders are able to benefit from social security rights in the same way as Turkish citizens depending on the provisions of the relevant laws respecting the use of those rights under Turkish law.

Keywords: Rights Granted to Turkish Citizens Who Had Been Turkish Citizens by Birth But Lost Their Citizenship by Obtaining Renunciation Permit, Article 28 of Turkish Citizenship Law, Blue Card Holders' Right to Social Security, Social Security Rights.

GİRİŞ

Anayasanın (AY) 60'ıncı maddesi ile güvence altına alınan sosyal güvenlik hakkı, kişileri bazı risklere karşı koruyan ve onlara ekonomik güvence sağlayan, sosyal ve ekonomik haklardan birisidir. Bu hak "*Herkes sosyal güvenlik hakkına sahiptir.*" ifadesi ile Anayasada güvence altına alınarak, Türk ya da yabancı ayrımı yapılmaksızın, herkese tanınmıştır. Zira insan hakkı olarak kabul edilen sosyal güvenlik hakkı yabancılık, dil, din, ırk, cinsiyet gibi ayrımlara tâbi tutulamaz[1]. Sosyal güvenlik hakkı yabancılara da tanınmış olmakla beraber, Anayasa'nın 16'ıncı maddesi ile yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlandırılabileceği kabul edilmiştir. İlave olarak, Türk-yabancı ayrımı yapılmaksızın herkese tanınan sosyal güvenlik hakkının yerine getirilmesi, malî kaynaklar ölçüsündedir (AY md.65). Dolayısıyla devlet, sosyal güvenliğe ilişkin bazı hakların kullanılmasını salt Türk vatandaşı olma şartına bağlayarak, yabancıların sosyal güvenlik hakkını sınırlandırabilir.

Gelişen teknoloji ve küreselleşmeye bağlı, ülkeler arasında işgücü aktarımı gerçekleşir. İşgücü akışına bağlı olarak yabancı işçilerin, geleceklerini güvence altına alabilmek, bazı risklere karşı korunmak ve insan onuruna yakışır bir hayata sahip olabilmek için sosyal güvenlik hakkına ihtiyaçları vardır. Bu kapsamda diğer ülkelerde çalışabilmek amacıyla Türkiye'den ayrılan ve Türk vatandaşlığından çıkan kişilerin de, sosyal güvenlik hakkı önem arz etmektedir.

Hayatını sürdürdüğü ülkenin sosyal, ekonomik ve siyasî yaşamına tam anlamıyla katılabilmek için bulunduğu ülkenin vatandaşlığına geçmek durumunda kalan, doğumla Türk vatandaşı olup çıkma izni alarak Türk vatandaşlığından ayrılan eski Türk vatandaşları ve bunların alt soyları bir diğer ifade ile mavi kart hamilleri[2] Türk hukuku açısından yabancı statüsündedir. Zira Anayasaya göre Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türktür (AY md.66). Buna bağlı olarak Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda da Türkiye Cumhuriyeti ile arasında vatandaşlık bağı olmayanlar yabancı olarak kabul edilmektedir (YUKK md.3/1-ü). Mavi kart sahipleri her ne kadar hukuken yabancı konumunda olsalar da, Türkiye bu kişilerin içerisinde bulunduğu şartları göz önünde bulundurarak, imtiyazlı yabancı statüsüne getiren TVK'nın 28'inci madde düzenlemesini yapmıştır. Çünkü bu kişilerin esas amacı, Türkiye

[1] **Tuncay, A. Can / Ekmekçi, Ömer** (2017) Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 19.Baskı, İstanbul, Beta, s. 97.

[2] Çalışmamızda bundan sonra "mavi kart hamilleri" olarak anılacaktır.

ile bağlarını kesmek olmayıp, bulundukları devlete entegre olmak istemeleridir. TVK'ya göre mavi kart hamilleri, Kanunda belirtilen istisnaî bazı haklar dışında vatandaşlara tanınan haklardan aynen Türk vatandaşı gibi yararlanmaya devam edebileceklerdir. Bu kişilerin, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları da saklı tutulmuştur.

Türk vatandaşlığının kaybının genel sonucuna ilişkin 403 sayılı mülga Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun (TVK)[3] 29'uncu maddesinde; 1995 yılında yapılan değişikliğe kadar, doğumla Türk vatandaşı olup çıkma izni alarak vatandaşlığını kaybeden kişinin, Türkiye'de yararlanacağı haklara ilişkin özel bir düzenleme söz konusu değildi. Konuya ilişkin ilk düzenleme 4112 sayılı Kanunla, 1995 yılında yapılmıştı[4]. Değişiklik öncesinde mülga TVK'nın 29'uncu maddesinde "*Bu Kanun gereğince Türk Vatandaşlığını kaybeden kişiler, kayıp tarihinden başlayarak yabancı muamelesine tâbi tutulur. İkamet, gayrimenkul edinme ve ferağı, miras ve çalışma gibi konularda ancak Türk kanunlarının yabancılara tanıdığı haklardan faydalanabilirler. 33 ve 35. maddeler hükümleri saklıdır*." hükmüne yer verilerek, çıkma izni ile Türk vatandaşlığını kaybeden kişilerin bir ayrıcalığı olmaksızın yabancı statüsüne tâbi olacağı ifade edilmekteydi[5].

Tüm bunların yanında Türkiye, yabancı ülkede bulunarak hayatını sürdürdüğü devletin vatandaşlığını kazanmış eski Türk vatandaşlarının sayısını arttırmak istemekteydi. Ancak Kanunda yer alan, Türk vatandaşlığından çıkmanın sonucunda yabancı statüsüne sahip olunacağı yönündeki hüküm dolayısıyla, Türk vatandaşlığından çıkıp, bulunduğu ülke vatandaşlığını kazanan kişi sayısı oldukça azdı[6]. O tarihlerde Türkler'in yoğun olarak bulunduğu; Almanya, Avusturya, Danimarka, İsveç gibi ülkeler, vatandaşlığının kazanılabilmesi için Türk vatandaşlığından çıkma şartını aramaktaydı[7]. Bulundukları ülkelerin vatandaşlığını kazanabilmek için Türk vatandaşlığından çıkmayı planlayan vatandaşlarımız ise, Türkiye'de yabancı muamelesine tâbi olacaklarını

[3] R.G.22.02.1964, S. 11638.

[4] R.G. 12.06.1995, S. 22311, 4112 sayılı Kanun md.2.

[5] R.G.22.02.1964, S. 11638; **Doğan, Vahit** (2005) Türk Vatandaşlık Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 111; **Turhan, Turgut** (1997) "Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları, (TVK m. 29 Üzerine Bir İnceleme)" Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:46, S:1, s. 41 – 65, s. 43.

[6] **Doğan** (2005), s. 111.

[7] Almanya ve Avusturya bu ülkelerde bulunan Türk vatandaşlarını ancak Türk vatandaşlığından çıkma şartı ile vatandaşlığına almaktaydı: Türkiye Büyük Millet Meclisi (2006) Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum ile İçişleri Komisyonları Raporları, (1/1192), <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1232m.htm.>, s.e.t. 09.11.2018.

öğrendikten sonra çıkma izni başvurusundan vazgeçmekteydiler[8]. Bu durum, 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununda bir değişiklik yapılması ihtiyacını doğurarak, 1995 yılı itibariyle yeni bir düzenlemenin yapılmasına neden olmuştu. Dolayısıyla Türkiye, 1995 yılında mülga TVK'da, yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanma hakkına sahip olan kişilerin, Türkiye'deki haklarını kaybetmeksizin bulundukları devletin vatandaşlığını kazanabilmeleri amacıyla, ilk kanun değişikliğini gerçekleştirmiştir[9]. 1995 yılında mülga TVK'nın 29'uncu maddesi değişikliği[10], Türk yabancılar hukuku sisteminde bir değişiklik oluşturarak; Cumhurbaşkanları, NATO görevlileri, diplomatik temsilciler ve uluslararası korumaya sahip olanların yanına yeni bir imtiyazlı yabancı statüsü getirmiş ve bu yabancıların kural olarak Türk vatandaşları ile aynı statüde olduğunu kabul etmiştir[11]. Bu düzenlemeye rağmen hüküm, kanunun getiriliş amacını tam olarak yansıtmaması nedeniyle eleştirilmiştir[12]. Tüm bu eleştiriler ve farklı yorumlar yeni bir düzenleme yapılması ihtiyacını gündeme getirmiş ve 2004 yılında

---

8 Bazı vatandaşlarımız, yeniden vatandaşlığa alınma yoluyla ortaya çıkabilecek sıkıntıların aşılabileceği kanaatinde olsa da, yeniden vatandaşlığa alınma ile çıkma iznin kullanılması arasında kalan süre içerisinde yabancı statüsüne tâbi olma sorununun önüne geçilememekteydi: **Turhan**, s. 43, 44.

9 **Doğan Vahit / Odabaşı, Hasan** (2004) Yargı Kararları Işığında Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku", 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 138. 4112 sayılı Kanunla yapılan değişikliğin gerekçesinde "*Yurt dışındaki vatandaşlarımızın bulundukları ve çalıştıkları yabancı devletlerin vatandaşlığına geçmek istedikleri; ancak bu devletlerin Türk vatandaşlığından çıkma şartını aradıkları; bulundukları devlet vatandaşlığını kazanabilmek amacıyla Türk vatandaşlığından çıkma izni alan bu vatandaşlarımızın ise, TVK md.29 uyarınca Türkiye'de yabancı muamelesine tâbi tutuldukları; bu uygulamanın ise söz konusu vatandaşlaımızın yabancı devlet vatandaşlığına geçmekten sarfınazar etmelerine yol açtığı ve 4112 Sayılı Kanunun da bu sıkıntıyı ortadan kaldırmak amacıyla düzenlendiği*" ifade edilmiştir: **Turhan**, s. 44.

10 1995 yılında mülga TVK'nın 29'uncu maddesi değiştirilerek "*Bu kanun gereğince Türk vatandaşlığını kaybeden kişiler, kayıp tarihinden başlayarak yabancı muamelesine tâbi tutulur. Ancak doğumla Türk vatandaşlığını kazanmış olup da sonradan Bakanlar Kurulundan çıkma izni almak suretiyle yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanan kişiler ve bunların kanuni mirasçıları, Türkiye Cumhuriyetinin millî güvenliği ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla ülkede ikamet, seyahat, çalışma, miras, taşınır ve taşınmaz mal iktisabı ile ferağı gibi konularda Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler. 33 ve 35 inci maddeler hükümleri saklıdır.*" şeklini almıştır.

11 Değişiklikle oluşturulan bu yeni imtiyazlı yabancı statüsü, Türk yabancılar özel hukukuna aykırı görülmemiştir. Zira devletin ülkesinde bulunan yabancılara hangi hakları vereceği bir iç hukuk sorunudur ve devletler, kendi millî menfaatlerini göz önünde bulundurarak düzenleme yapabileceklerdir: **Turhan**, s. 48, 49.

12 **Aygül, Musa** (2010) "Türk Vatandaşlığını Çıkma İzni Alarak Kaybeden Kişilerin Kamu Görevine Girme Yasağı" Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:14, S:1, s. 31-60, s. 39. Aybay'a göre bu hüküm, Bakanlar Kurulunun izniyle Türk vatandaşlığından ayrılanlara ayrıcalıklı bir statü kazandırsa da, kanunî mirasçılık sıfatının ne zaman kazanılması gerektiği ve kapsamını açıklayamamıştır: **Aybay, Rona** (2004) Vatandaşlık Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları. s. 203. Turhan'a göre ise, kanunî mirasçılara hükümde yer verilmesinin nedeni, vatandaşlıktan çıkma iznini kullanan ebeveynin ergin olmayan çocuğunun da ona bağlı olarak Türk vatandaşlığını kaybedecek olmasıdır. Böylece çocuk

mülga TVK'nın 29'uncu maddesinde bir değişiklik daha yapılmıştır[13]. 12.06.2009 yılında yürürlüğe giren 5901 sayılı TVK'nın[14] 28'inci maddesinde ise

okulunu bitirip Türkiye'ye dönüş yaptığında, Türkiye'de çalışamayacak ya da çocuğun köyde kendisine kalacak mirası, adına tescil ettiremeyecek olması istenen bir durum olmayacaktır. Aksi bir durum çıkma izninin kullanılmasının önünde bir engeldir. Amaç bu olmakla birlikte her ne kadar kanunî mirasçı ifadesinin getiriliş amacı ergin olmayan çocuklar olsa da, mirasçı sıfatına sadece yabancı bir eşin sahip olabilmesi de mümkün olacaktır. Bu ihtimalde, yabancı eşin haklarını bir Türk vatandaşı gibi kullanabilecek olması, Türk yabancılar hukukunda var olan bazı sınırların delinebilmesi tereddüdüne neden olmaktadır: **Turhan**, s. 52 vd., 59. Bunun yanında bu dönemde, yetkili makamdan izin almaksızın başka bir devlet vatandaşlığını kazanan kişilerin, çıkma iznine başvurmaları durumunda hüküm kapsamına girip girmeyeceği hususu da tartışma yaratmaktaydı. Aybay ve Doğan bu kişilerin kanunun kapsamına dahil olduğunu kabul etmekteydi: **Aybay** (2004), s. 204. Ayrıca bkz. **Doğan** (2005), s. 114. O dönemki uygulamaya bakıldığında ise izinsiz bir başka devletin vatandaşlığını kazanmış kişilerin, Kanunun kapsamına girmediği anlayışı yer almaktaydı. Zira İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü hükmü "*Türk vatandaşlığından çıkma izni almak üzere müracaat ettiklerinde herhangi bir şekilde yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmış olan kişiler bu hüküm dışında kalmakta ve belirlenen haklardan yararlanmaları kanunen mümkün olmamaktadır.*" şeklinde yorumlamıştı: **Doğan/Odabaşı**, s. 138; **Doğan** (2005), s. 114. Turhan'a göre de, Türk vatandaşlığını muhafaza ederek bir başka ülkenin vatandaşlığını kazandıktan sonra çıkma izni alan kişiler, Kanun kapsamında değildi. Zira Kanun, çalışmakta olunan devletin çifte taabiyeti kabul etmemesi sebebiyle, Türk vatandaşlığından çıkan kişileri korumak için hazırlanmıştı: **Turhan**, s. 52. Aksi görüş için bkz. **Doğan/Odabaşı**, s. 138. Son olarak hükümde hangi hakların Türk vatandaşları gibi kullanılmaya devam edeceği, "gibi" ifadesi kullanılarak belirtildiğinden, Kanun kapsamındaki hakların neler olduğu anlaşılamamakta ve belirsizliğe yol açmaktaydı. Bununla birlikte her ne kadar Kanunda "gibi konular" ifadesine yer verilmiş olsa da, Kanunun hazırlık çalışmaları ve Yönetmelikte ikamet, seyahat, taşınmaz mal edinme, ferağ, miras ve çalışma gibi konularda (mülga TVKUY md.42) Türk vatandaşlarının yararlandığı şekilde yararlanabilecekleri ifade edildiğinden, sadece Kanununda zikredilen hakların mı kapsam dahilinde olduğu sorusu gündeme gelmekteydi. Bir diğer ifade ile çıkma izni ile vatandaşlıktan ayrılan kişilerin yalnızca kanunda sayılan haklardan yararlanma bakımından mı Türk vatandaşları ile aynı statüde olduğu anlaşılamamaktaydı. Lafzî yorum methodu kullanıldığında, Kanununda yer alan "gibi konular" ifadesi gereğince çıkma izni alarak Türk vatandaşlığından ayrılan kişilerin hangi hakları Türk vatandaşları gibi kullanabilecekleri sorusu gündeme gelmekteydi: **Aybay** (2004), s. 204; **Turhan**, s. 55, 56.

[13] Yeni düzenleme ile 1995 yılında yapılan değişiklikte yer alan kanunî mirasçıya ilişkin eleştiriler ortadan kaldırılarak *"vatandaşlıktan çıkma izni alanlar ve bunların vatandaşlıktan çıkma belgesinde kayıtlı reşit olmayan çocukları"* ifadesine yer verilerek hakkı kullanabileceklerin kapsamı belirginleştirilmiş, tüm kanunî mirasçıların haksız yere bu haktan yararlanmasının önüne geçilmiştir. Ancak getirilen yeni düzenleme ile haktan yararlanabilecek kişilerin, sadece çıkma belgesine kayıtlı reşit olmayan çocukların olması ayrı bir eleştiri konusu olmuştur. 1995 yılındaki düzenlemenin aksine hükümde, Türk vatandaşlığını kaybeden kişilerin yararlanabileceği haklar örnekseme mahiyetiyle sayılmak yerine, yararlanılmayacak hakların tespiti ile belirlilik sağlanmış ve kullanılabilecek haklar konusundaki karışıklığa son verilmiştir: **Aybay** (2004), s. 211; **Doğan** (2005), 113, 122. Ayrıca hükümde yer alan, ""*Bu Kanun gereğince doğumla Türk vatandaşı olup da, İçişleri Bakanlığından vatandaşlıktan çıkma izni alanlar*" ifadesi ile çıkma izninin alınması öncesinde ya da sonrasında Türk vatandaşlığını kaybedenlerin, hükümde belirtilen istisnalar dışındaki hakları aynen Türk vatandaşı gibi kullanacakları kabul edilmiştir: Türkiye Büyük Millet Meclisi (2004) Türk Vatandaşlığı Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı ve İçişleri Komisyonu Raporu, (1/815),< https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss579m.htm>, s.e.t. 09.11.2018, Genel Gerekçe.

[14] R.G.12.06.2009, S. 27256.

mülga 2004 tarihli Kanun hükmü korunarak, hükmün ifade ediliş tarzında değişikliğe gidilmiştir[15]. 5901 sayılı TVK'nın 28'inci maddesi, 2012 yılında yeniden değişikliğe uğrayarak bugünkü son halini almıştır[16]. Değişikliğin amacı, mavi kart hamillerinin Türkiye'deki haklarının korunması, ülkeleri ile irtibatlarının ve duygusal bağlarının güçlendirilmesinin temini olmuştur[17]. Kişilerin, TVK'nın 28'inci maddesindeki haklarından yararlanabilmesini sağlayabilmek için doğumla Türk vatandaşı olup çıkma izni ile Türk vatandaşlığından ayrılan kişilere ve üçüncü dereceye kadar altsoylarına, talep etmeleri halinde, TVK'nın 28'inci maddesinde sayılan haklardan yararlanabileceklerini gösteren Mavi Kart düzenleneceği de hüküm altına alınmıştır (TVK md.28/6). Nüfus Hizmetleri Kanunu'na (NHK) göre mavi kart, doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve bunların 29/5/2009 tarihli ve 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 28 inci maddesinde belirtilen altsoylarına verilen ve söz konusu maddede belirtilen haklardan faydalanabileceklerini gösteren resmî belgedir[18]. Bu kişiler, Nüfus Hizmetleri Kanununa göre Nüfuz Hizmetleri Genel Müdürlüğünce elektronik ortamda tutulan mavi kart kütüğüne kayıt edilecektir (NHK md. 8/A). İmtiyazlı yabancı statüsüne sahip kişilerin, kanunda belirtilen istisnai haklar dışındaki diğer hakları, Türk vatandaşları ile aynı şekilde kullanabilmeleri için mavi kartlarını ibraz etmeleri yeterlidir (TVK md.28/7).

Mavi kart hamillerine ilişkin doktrinde pek çok çalışma olmasına rağmen, TVK'nın 28'inci maddesinde yer alan "*Bu kişilerin sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı olup bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tâbidirler.*" ifadesi üzerinde durulmamıştır. Çalışmamız kapsamında,

---

15 **Aygül**, s. 40; "*Ancak doğumla Türk vatandaşı olup da, İçişleri Bakanlığından vatandaşlıktan çıkma izni alanlar ve bunların vatandaşlıktan çıkma belgesinde kayıtlı reşit olmayan çocukları*" ifadesi "*Doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve kendileri ile birlikte işlem gören çocukları*" şeklinde düzenlenmiştir. Bu hükümle birlikte haktan kimlerin yararlanacağı açıkça ifade edildiği gibi, çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ibaresi ile çıkma zamanın hükümdeki haklardan yararlanmak amacıyla önemli olmadığı vurgulanmıştır: **Aybay, Rona / Özbek, Nimet** (2015) Vatandaşlık Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 191.

16 6304 sayılı, Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'nun 14'üncü maddesi ile değiştirilmiştir. R.G. 18.05.2012, S. 28296.

17 Değişiklikle Mavi Kart hamili olan kişilere kimlik numarası verilerek, bu kişiler için bir kütük oluşturulacaktır: Türkiye Büyük Millet Meclisi (2011) Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve İçişleri Komisyonu ile Anayasa Komisyonu Raporları, (1/564), <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss201.pdf>, s.e.t. 09.11.2018, s. 8.

18 R.G. 29.04.2006, S. 26153, NHK md.3/1-m.

TVK'da millî güvenlik ve kamu düzenine aykırı olmamak şartı ile sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları ilgili kanunlardaki hükümlere tâbi olarak kullanılabileceği ifade edilen imtiyazlı yabancı statüsündeki mavi kart hamillerinin, yararlanabilecekleri sosyal güvenlik hakkının kapsamı, bu yararlanmada millî güvenlik ve kamu düzeninin etkisi ve ilgili kanunlardaki yabancılara yönelik sınırlandırmalara tâbi olup olmayacakları hususu ayrıntıları ile incelenecektir.

I. SOSYAL GÜVENLİK KAVRAMI

A. SOSYAL DEVLET VE SOSYAL GÜVENLİK İLİŞKİSİ

Anayasası'nın 2'nci maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu hüküm altına alınmıştır. 1961 Anayasası'nda da Cumhuriyetin nitelikleri belirtilirken Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir devlet olduğu ifade edilmiş idi (AY(1961) md.2)[19]. Sosyal devletin sağlamakla yükümlü olduğu sosyal güvenlik hakkının içerisinde bulunduğu, sosyal ve ekonomik hakların tarihî süreçte ilk sesleri, Fransız İhtilali ile kendini göstermiştir[20]. 1793 yılında kabul edilen Fransa'nın ikinci Anayasası olan, İnsan ve Vatandaşlık Hakları Bildirgesinin 21 ve 22'inci maddeleri ile sosyal ve ekonomik haklar, ilk kez bir Anayasada yer almıştır[21]. Bu hakların bir hak kategorisi olarak kanunlarda yer alması ise, I. Dünya Savaşı sonrası dönemde gerçekleşmiştir[22]. Sosyal güvenliğin tarihî gelişiminde sanayi devriminin etkisi yadsınamaz. Sanayi devrimi ile birlikte kentleşme artmış ve hayatını çalıştığı fabrikalardan aldığı gelirle sürdüren işçilerin, ihtiyaçlarını karşılayabilmek adına ömür boyu çalışması gereği, sosyal güvenliğe duyulan ihtiyacı devletlerce fark edilebilir kılmıştır[23]. Bunun sonucu olarak 20. yüzyıldan itibaren sosyal güvenlik hakkı, bir insan hakkı olarak kabul edilmeye başlanmış ve milletlerarası belgelerde, insan hakkı olarak

---

19 1961 Anayasası, R.G. 20.07.1961, S. 10859.

20 **Güriz, Adnan** (Editör) (2013) Adalet Kavramı, 3. Baskı, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu, s. 115.

21 1791 ve 1793 tarihli Fransız Anayasalarına ilişkin bkz: **Gürcan, Ertuğrul Cenk** (2011) "1791 ve 1793 Fransız Anayasaları'na İlişkin Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme" Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C:13, S:3, s. 183-214. Bildirgenin 21'inci maddesinde yardıma muhtaç vatandaşlar için sosyal yardımlar güvence altına alınmışken, 22'ici maddede eğitim hakkı koruma altına alınmıştır: 1793 tarihli İnsan ve Vatandaşlık Hakları Bildirgesi'nin İngilizce metni için bkz: Declaration of the Rights of Man and Citizen from the Constitution of Year I (1793), <http://www.columbia.edu/~iw6/docs/dec1793.html>, s.e.t. 12.02.2018.

22 **Güriz**, s. 119. Sürece ilişlin ayrıntılı bilgi için bkz: **Tanör, Bülent / Yüzbaşıoğlu, Necmi** (2014) 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku", 13. Baskı, İstanbul, Beta, s. 102, 103;

23 **Arıcı, Kadir** (2015) Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi, s. 65.

yer almaya başlamıştır[24]. II. Dünya Savaşından sonra ise Avrupa'da var olan sosyal ve ekonomik sorunlarla başa çıkabilmek ve bireyleri ekonomik anlamda rahatlatabilmek amacıyla hukuk devleti ilkesinin tamamlayıcısı niteliğinde, sosyal devlet anlayışı ortaya çıkmıştır[25]. Bireylerin, ifade ve vicdan hürriyeti gibi hürriyetlerini kazanmaları ve yoksulluktan kurtulabilmeleri, demokratik devletlerin sosyal devlet niteliğini kazanmaları ile mümkün olmuştur[26].

Sosyal devlet, sosyal ve ekonomik hayata aktif müdahaleyi meşru ve gerekli görerek, sınıf çatışmalarını yumuşatan, millî bütünlüğü sağlamaya çalışan devlet anlayışıdır[27]. Bu kapsamda sosyal devlet, sosyal adalet[28] ve sosyal güvenliğin sağlanması yoluyla herkes için insan haysiyetine yakışır asgarî bir yaşam standardı belirlemekle yükümlü olan devlettir[29]. Bir başka ifade ile sosyal devlet, toplumda var olan korunmaya muhtaç kesimin, yaşam koşullarını düzeltmeyi hedefleyen devlettir[30]. Anayasamızın "Devletin Temel Amaç ve Görevleri" başlıklı 5'inci maddesinde "…*kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak* "ifadeleri ile devletin amaç ve görevleri açıklanmıştır.

---

[24] **Gökçeoğlu, Şebnem** "İnsan Hakları Perspektifinden Sosyal Güvenlik Hakkının Anlamı ve Kapsamı", İİBF PAÜ VII. Sosyal İnsan Hakları Uluslararası Sempozyumu, 10-11 Aralık 2015, Denizli, s. 140 vd. Sosyal güvenliğin tarihsel gelişimine ilişkin bkz: **Dilik, Sait** (1988) "Sosyal Güvenliğin Tarihsel Gelişimi" Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C:43, S:1, s. 41- 80**; Uşan, Fatih** (2009) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 32 vd.; **Güvercin, Cemal Hüseyin** (2004) "Sosyal Güvenlik Kavramı ve Türkiye'de Sosyal Güvenliğin Tarihçesi" Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Mecmuası, C:57, S:2, s. 89-95; **Güzel, Ali / Okur, Ali Rıza / Caniklioğlu, Nurşen** (2016) Sosyal Güvenlik Hukuku, 16. Baskı, İstanbul, Beta, s. 32 vd.

[25] **Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil** (2018) Türk İdare Hukuku, 9. Baskı, Ankara, Savaş, s. 118.

[26] **Güriz**, s. 121.

[27] **Özbudun, Ergun** (2016) Türk Anayasa Hukuku, 16. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 123. Sosyal devletin hedeflerine bakıldığında bu hedefleri dört başlıkta toplamak mümkündür. Bunlar, sosyal ve ekonomik hak ve hürriyetleri güvence altına almak, ekonomik hayata müdahale etmek, sosyal adaleti ve sosyal güvenliği sağlamaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz: **Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya**, s. 120 vd.

[28] Sosyal adalet, toplumsal yararı bireysel yarara tercih etmeyen, bununla birlikte zayıf tarafın güçlü tarafça ezilmesine izin vermeyen, ortaklaşa iyinin gerçekleşmesini isteyen adalettir: **Edis, Seyfullah** (1989) Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 12. Sosyal adalet ilkesi gereğince demokratik bir toplumda sosyal devlet, toplumdaki sosyal ve ekonomik eşitsizliği azaltmak, asgarî bir hayat standardı yanında adil bir gelir dağılımını sağlamakla görevlidir: **Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya**, s. 122.

[29] **Özbudun**, s. 126; **Küçük, Adnan** (2015) Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Orion Yayınevi, s. 235; **Atay, Ender Ethem** (2016) İdare Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 167.

[30] **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 103.

Sosyal devletin bu amacını sağlayabilmesinin bir yolu, sosyal güvenliğin sağlanmasıdır. Ancak bu amaç ve görevler yerine getirilirken, millî gelirin adil ve dengeli bir şekilde dağıtılması sağlanmalıdır. İşte sosyal devletin amaçlarını gerçekleştirebilmek için aldığı tedbirler arasında yer alan sosyal güvenlik hakkı, Anayasa'nın 60'ıncı maddesinde düzenlenmiştir[31].

B. SOSYAL GÜVENLİĞİN TANIMI VE KAPSAMI

1. Sosyal Güvenlik Kavramı

Sosyal ve güvenlik kelimelerinin birleşmesinden oluşan[32] sosyal güvenlik terimi, birleşimi olan iki kelimenin anlamından tamamen bağımsız bir kavram olarak ilk defa 1935 tarihinde Amerikan Sosyal Güvenlik Kanunda kullanılmıştır[33].

Uygulamaya bakıldığında, sosyal güvenliğin kapsamı toplumun ihtiyacına bağlı olarak millî kanunlar tarafından belirlenir[34]. Meslekî, fizyolojik ya da sosyo-ekonomik riskten ötürü kazanç veya gelirinde devamlı ya da geçici olarak kesilme meydana gelen kişilerin, yaşamsal ihtiyaçlarını karşılayarak geçinebilmelerini sağlayan sisteme sosyal güvenlik denir[35]. Zira sosyal güvenlik, esas olarak belirli risklere karşı ekonomik güvence sağlamayı amaçlayan sistemdir[36]. Bu riskler, iş kazaları ve meslek hastalıkları olan meslekî riskler; hastalık, analık, malullük, yaşlılık ve ölümden oluşan fizyolojik riskler ile işsizlik ve ailevi yüklerin oluşturduğu sosyo-ekonomik risklerdir[37]. Doktrinde sosyal güvenlik kavramının tek bir tanımı yapılmamıştır. Dolayısıyla yapılan tanımına bağlı olarak, sosyal güvenliğin kapsamı da değişiklik göstermektedir.

---

31 **Küçük**, s. 236; **Atay**, s. 167.

32 Sosyal terimi toplumla ilgili olan, toplumsal anlamında iken, güvenlik ise günlük yaşamı tehdit eden tehlikelerin yokluğudur. Ayrıntılı bilgi için bkz: **Gökçeoğlu**, s. 132 vd., (131-151); **Şenocak, Hasan** (2009) "Sosyal Güvenlik Sistemini Oluşturan Bileşenlerin Tarihî Süreç Işığında Değerlendirilmesi" Sosyal ve Siyaset Konferansları Dergisi, S: 56, s. 409-468, s. 412 vd.

33 **Korkusuz, Refik / Uğur, Suat** (2015) Sosyal Güvenlik Hukuku, 4. Baskı, Bursa, Ekin Kitabevi., s. 3; **Arıcı,** s. 3; **Uşan**, s. 27, 28.

34 **Arıcı**, s. 95.

35 **Korkusuz/ Uğur**, s. 4.

36 **Korkusuz/ Uğur**, s. 4, 5.

37 Bu riskler, Türkiye tarafından 1971 yılında kabul edilen ve Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 1952 yılında kabul ettiği, 102 Nolu Sosyal Güvenlik (Asgarî Standartlar) Sözleşmesinde sayılmıştır. 102 Nolu Sosyal Güvenlik (Asgarî Standartlar) Sözleşmesi için bkz: Uluslararası Çalışma Örgütü (1952), 102 No'lu Sosyal Güvenlik (Asgari Standartlar) Sözleşmesi, <http://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377270/lang--tr/index.htm> s.e.t 09.11.2018.

Sosyal güvenlik dar ve geniş kapsamda olmak üzere iki açıdan tanımlanmaktadır. Dar kapsamda sosyal güvenlik, birtakım olaylar sonucu bireyin hayatında meydana gelen gelir azalması ya da gider artışlarına karşı bir güvence sağlanmasıdır[38]. Bir başka tanımla, toplumdaki bireyin geliri ne olursa olsun risklere karşı ekonomik güvence sağlayan kurumlardır[39]. Geniş anlamda sosyal güvenlik ise, sadece risklere karşı bireyleri korumakla sınırlı tutulmayıp, istihdam, meslekî ve genel eğitim, sağlık önlemleri, meslek şeçimine yardım, ekonomik verimin artması gibi alanları da kapsar[40]. Bu anlayışa göre sosyal güvenlik, ülkedeki herkesin bugününün ve geleceğinin güvence altına alınmasıdır[41]. Bu anlayışta, sosyal yardımlar ve sosyal hizmetler de, sosyal güvenlik hakkının içerisinde yer alır[42]. İlave olarak sosyal güvenlik kavramı, ihtiyaç yönü ve güvence sağlama yönünün ağır basmasına bağlı olarak da, farklı şekillerde tanımlanmıştır. Sosyal güvenlik, bireyin yaşam içerisinde karşılaşabileceği tehlikelere karşı bir güvence[43] olarak tanımlanabildiği gibi, herkes için karşılanması gereken bir sosyal ihtiyaç olarak da tanımlanmıştır[44]. Bunlara ilaveten kimi tanımlarda ise, çalışan bir bireyin yaşanan bir olay sonucu gelirinde meydana gelen azalmayı ya da giderlerinde meydana gelen artışları önlemeye amaçlayan dayanışma ve yardımlaşma aracı olarak tanımlanmıştır[45]. Bu kapsamda Anayasada sosyal haklar içerisinde yer alan sosyal güvenlik hakkı, devlete olumlu edimlerde bulunma borcu yükleyen bir haktır[46]. Bir diğer ifade ile devlet, sosyal güvenlik hakkını gerçekleştirebilmek amacıyla birtakım faaliyetlerde bulunur[47].

---

38 **Dilik, Sait** (1980) "Sosyal Güvenlik Ve Sosyal Hizmetler Arasındaki İlişkiler" Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C:35, S:1, s. 73-84, s. 77.

39 **Tunçomağ, Kenan** (1981) "1980 Yılı Başında Türkiye'nin Sosyal Güvenlik Durumu" İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:45, S:1-4, s. 709-744, s. 709. Ayrıca bkz: **Gökçeoğlu**, s. 134, **Uşan**, s. 31, 32.

40 **Dilik** (1980), s. 77.

41 Geniş anlamda sosyal güvenlik kavramının kapsamının tanımına bağlı olarak, bu denli geniş bir yaklaşımın hiçbir ülkede kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir: **Güzel/ Okur/ Caniklioğlu**, s. 6.

42 **Arıcı**, s. 507.

43 **Güzel/ Okur/ Caniklioğlu**, s. 2.

44 **Altıntaş, Cenkhan** (2015) "Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) ve Uluslararası Güvenlik Teşkilatı (ISSA) Tarafından Yayınlanan Uluslararası Belgelerde Sosyal Güvenliğin Kapsamı ve Türkiye Açısından Değerlendirilmesi" Sosyal Güvence Dergisi, C:3, S:7, s. 35-57, s. 37. Sosyal güvenliğin ihtiyaç yönüne ağırlık verildiğinde ise birey ve toplum için karşılanması gereken bu ihtiyacın toplumların tamamında ortaya çıkan yeknesak bir ihtiyaç olduğu ifade edilmiştir: **Şenocak**, s. 414. Ayrıca bkz: **Alper, Yusuf** (2010) "Sosyal Güvenlik ve Turan Yazgan" Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, C:0, S:49, s. 98-124.

45 **Şenocak**, s. 413.

46 Anayasada yer alan tüm sosyal haklar, devlete olumlu edim yükleyecek nitelikte haklar değildir. Bu haklardan bazıları, devlete sadece pasif durma ödevi yüklemektedir. Bir diğer ifade ile devlet bu hakların gerçekleşmesi amacıyla bir faaliyette bulunmak durumunda değildir. Bu haklara örnek olarak sendika hakkı, grev hakkı ve toplu iş sözleşmesi hakkı verilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz: **Tanör/ Yüzbaşıoğlu**, s. 189; **Özbudun**, s. 148.

47 **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 103.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, devletin ödevini yerine getirirken, malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde hareket edeceğidir (AY md.65). Dolayısıyla devletin sağlamakla yükümlü olduğu sosyal güvenlik hakkı, toplumdaki bireyleri iktisadî açıdan destekleyerek, bireylerin muhtaç bir hale düşmesini engellemeyi hedefleyen[48], kişinin bugün ve yarınını güvence altına alacak, bireyleri birtakım risklere karşı koruyacak ve geliri kesilen kişilerin geçimini sağlamaya yardımcı bir sitem oluşturmak amacıyla devleti harekete geçirecek bir haktır [49].

Esasen sosyal güvenlik, ulaşılmış yaşam düzeyini koruyan ve bunun devamını sağlayan asgarî gelirin düşmemesini hedefler[50]. Bir başka ifade ile sosyal güvenlik, sosyal sigortalar ve sosyal refah hizmetlerinden oluşur[51]. Dolayısıyla sosyal yardımlar, sosyal sigortalar ve sosyal hizmetler sosyal güvenliğin alt kollarını oluşturur.

Sosyal refah hizmetlerinden olan sosyal yardım ve sosyal hizmetlerde devlet, korunmaya muhtaç kişinin ihtiyacını gelirlerden ayrılan paydan karşılarken[52], sosyal sigorta sisteminde, sigortalılar ödedikleri primlerle risklerin gerçekleşme ihtimalinde ödenecek sigortalara yönelik güvence için finansman oluşturur[53]. Bir diğer ifade ile sosyal yardım ve hizmetler ile sosyal sigortalar birbirlerinden farklı rejimlerdir. Sosyal yardım[54] ve sosyal hizmetler, yararlananların herhangi bir prim ödemediği yani karşılıksızlık ilkesine dayanan primsiz rejimlerdir[55]. Sosyal sigortalar ise, sosyal güvenliğin primli rejimini oluşturmaktadır[56]. Bu rejimde, bireylere ekonomik anlamda güvence sağlanması hedeflenmekte; ancak bu amaç gerçekleştirilirken, sigortalılardan alınan primlerle onlar gelir paylarından mahrum edilirlerken[57], diğer taraftan yaşlılık,

---

48 **Arıcı**, s. 93.

49 **Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya**, s. 123. **Tuncay/ Ekmekçi**, s. 5 vd.

50 **Dilik** (1980), s. 77.

51 **Dilik** (1980), s. 78.

52 **Korkusuz/ Uğur**, s. 55.

53 **Güzel/ Okur/ Caniklioğlu**, s. 222 vd.

54 Sosyal yardımda bireylerin yoksulluk ve gereksinim durumları göz önüne alınmaktadır. Bireyin kendi kendisine yardımda bulunabileceği ya da ailesinden bir yardım alabileceği hallerde, kişiye sosyal yardım yapılmaz: **Dilik** (1980), s. 81.

55 **Korkusuz/ Uğur**, s. 93; Nergiz, s. 324.

56 Primli rejim esasına göre faaliyet gösteren sosyal güvenlik kurumu hakında bkz: **Korkusuz/ Uğur**, s. 157 vd.

57 Sosyal sigortalarda zorunluluk ilkesi söz konusudur. Bu ilkeye göre sosyal sigortaya katılım zorunludur. Bu ilkenin yanında sosyal sigortalara özgü diğer ilkeler, sigortacılık ilkesi yani sigortacılık tekniklerinden faydalanılarak risklerin dağıtıması, her sigortalının kendi riskine uygun primi kendinin ödediği kendi kendine yardım ilkesi, yüksek gelirli sigortalılardan kişisel risk durumuna bakılmaksızın sadece gelirleri üzerinden diğer sigortalılara oranla daha yüksek prim alındığı sigortalılar arasında yeniden gelir dağılımı

işsizlik, hastalık gibi risklere[58] karşı gelir paylarına kavuşmaları sağlanmaktadır[59].

2. Sosyal Güvenlik Hukukunda Primli Sistem

Sosyal sigortalar hukuku, primli sosyal güvenlik sisteminin hukukudur[60]. Kanunla kurulan sosyal sigorta sisteminin kapsamı ise kişi, yer ve konu konu olarak belirlenmiştir. Sigortanın yer bakımından kapsamını, iş yeri oluşturur. Dolayısıyla işe alınmakla sigortalı olan kişinin işyeri, yer bakımından sosyal sigortanın kapsamındadır[61]. 5510 sayılı Kanuna göre işyeri ise Sigortalı sayılanların maddî olan ve olmayan unsurlar ile birlikte işlerini yaptıkları yerlerdir (SSGSSK md.11/1ve). İlave olarak, işyerinde üretilen mal veya verilen hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen işyerine bağlı yerler, dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden veya meslek eğitimi yerleri, avlu ve büro gibi diğer eklentiler ile araçlar da işyerinden sayılır (SSGSSK md.11/ 2).

a. Sosyal Sigortanın Kişi Bakımından Kapsamı

Sosyal sigorta, sigorta tekniğiyle ilerler ve koruma kapsamındaki kişilerden alınan primler, sigortalının gelir düzeyi dikkate alınarak tahsil edilir[62]. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun[63] (SSGSSK) 4/1-a, b ve c bentlerinde sayılan kişiler, sigortalı olarak değerlendirilir. Ancak çalıştırılan tutuklu ve hükümlüler, meslekî kurs, eğitim-öğretim ve staj görenler, çıraklar, üniversitede kısmi süreli çalışanlar, kursiyerler, yurtdışına işçi olarak götürülenler, malullük aylığı kesilmeksizin çalışmasına izin verilenler ile iş kaybı tazminatı alan kişiler kısmi sigortalıdır (SSGSSK md.5). Kanun koyucu bu düzenleme ile kişileri, en çok karşılaşılabilecek risklere karşı sınırlı olarak korumuştur[64].

---

ve iş verenlerin de sosyal sigortaların finansmanına katkı sağladığı finansmana dışarıdan katkı ilkeleridir: **Dilik** (1980), s. 82. Ayrıca bkz: **Gökçeoğlu**, s. 135.

58 Sosyal sigortalarda riskler; iş kazası, meslek hastalığı, hastalık, analık, malullük, yaşlılık, ölüm, işsizlik ve aile yardımlarından oluşmaktadır: **Gökçeoğlu**, s. 135, **Uşan**, s. 28 vd.

59 **Korkusuz/Uğur**, s. 169.

60 **Şenocak,** s. 428; **Arıcı,** s. 221.

61 **Arıcı, s.** 260.

62 **Sözer,** s. 1.

63 R.G.16.06.2006, S. 26200.

64 **Arıcı,** s. 230.

b. Sosyal Sigortanın Konu Bakımından Kapsamı

Sosyal sigortanın konu bakımından kapsamı ise sigorta sisteminin hangi risklere karşı sosyal güvenlik sağlayacağını belirler[65]. Her an ortaya çıkması muhtemel riskler, kısa vadeli sigorta kolunu oluştururken, zamana yayılarak ortaya çıkması söz konusu olabilecek riskler uzun vadeli sigorta kolunu oluşturur. Zira bu risklerin ortaya çıkmasına bağlı olarak yapılacak yardımların süresi, bu kolların oluşmasında rol oynar[66].

Türk sosyal sigortalar sisteminde, iş kazası ve meslek hastalığı sigortası[67], hastalık[68] ve analık[69] sigortası, kısa vadeli sigorta kolunu oluşturur (SSGSSK md.3/1-4). Malûllük[70], yaşlılık[71] ve ölüm[72] sigortası ise uzun vadeli sigorta kolunu oluşturmaktadır (SSGSSK md.3/1-5).

c. İşsizlik Sigortası

Günümüzde bir işte çalışmak, kişinin ekonomik ve sosyal yaşamının devamı için gerekli olan koşulların başında gelir[73]. Ancak kişinin çalışma gücü, yeteneği ve isteğine rağmen iş bulamaması hali işsizlik olarak tanımlanır[74]. İşsizliğin oluşturduğu olumsuz sonuçların giderilmesine yönelik sigorta ise işsizlik sigortasıdır[75]. İşsizlik sigortası ile kişiler, çalışmakta iken işsiz kalma riskine

---

65 **Arıcı,** s. 315.

66 **Korkusuz/Uğur,** s. 275; **Arıcı,** s. 315.

67 Bu sigorta türü, sigortalıları, iş kazaları ve meslek hastalıkları halinde ortaya çıkabilecek gider artışları ya da gelir azalışlarına karşı koruyan sigortadır: **Arıcı,** s. 316; **Ekmekçi,** s. 373 vd.; **Korkusuz/ Uğur**, s. 276 vd.

68 Bu sigorta türü, sigortalıların hastalanması riskine karşı hastalık sebebi ile çalışamama riski ve hastalığın teşhisi, tedavisi için gereken gider artışı karşılığında sağlanan sosyal güvenliktir: **Arıcı,** s. 334; **Sözer,** s. 292, 293; **Tuncay/ Ekmekçi,** s. 410 vd.; **Güzel/Okur/ Caniklioğlu,** s. 410 vd., **Topgül, Seda** (2012) "Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda Kadının Durumu", Celal Bayar Üniversitesi İ.İ.B.F., C:19, S:2 s. 301-319, s. 306, 307.

69 Ananın korunmasının yanında çocuğun da korunmasını amaçlayan, analık halinin ortaya çıkardığı sosyal güvenlik ihtiyacını karşılayan sigortadır: **Sözer,** s. 295; **Arıcı,** s. 344; **Topgül,** s. 307, 308.

70 Kişileri işe başladıktan sonra sakat kalma riskine karşı koruyan sigorta türünü oluşturur. Kişinin bedensel ve ruhsal sebeplerle kazanma ve çalışma gücündeki kayıplar sebebi ile ortaya çıkacak kayıpları güvence altına alan sosyal güvenliktir: **Güzel/Okur/ Caniklioğlu,** s. 433; **Tuncay/Ekmekçi,** s. 459; **Arıcı,** s. 352.

71 Yaşlılıkta karşılaşılacak gelir kesilmesi ve azalması riskine karşı sağlanan sigorta türüdür: **Sözer,** s. 353; **Tuncay/Ekmekçi,** s. 481.

72 Geçimleri sigortalı tarafından karşılanan ve sigortalının ölümü ile birlikte ölenin geride kalanlarına sağlanan sosyal güvenliktir: **Korkusuz/ Uğur**, s. 360; **Arıcı,** s. 386.

73 **Korkusuz/ Uğur**, s. 395.

74 **Arıcı,** s. 398; **Saraç, Coşkun** (2012) "İşsizlik Sigortası Edim Koşulları", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:13, S:1, 2011, s. 1-26, s. 1.

75 **Uğur, Suat** (2011) "Türkiye'de İşsizlik Sigortasinin Gelişimi", Yönetim Bilimleri Dergisi, C:9, S:2, s. 99-114, s. 99, 100; **Tuncay/Ekmekçi,** s. 643.

karşı, asgari bir gelir garantisine kavuşturularak muhtaçlık riskinden korunmak ve yeni bir iş bulunabilmesi için gereken maddi destek sağlanabilmesi amaçları ile sosyal güvence altına alınır[76].

d. Genel Sağlık Sigortası

Genel sağlık sigortası, kişilerin sağlıklarının korunması ve sağlık riskleri ile karşılaşılması halinde meydana gelecek harcamaların karşılanabilmesi için Türk ya da yabancı ayrımı yapılmaksızın ülkede yaşayan herkese belirli şartlarla sağlık güvencesi sunan sigortadır[77]. 5510 sayılı Kanuna göre, genel sağlık sigortalısının ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlıklı kalmalarını; hastalanmaları halinde sağlıklarını kazanmalarını; iş kazası ile meslek hastalığı, hastalık ve analık sonucu tıbben gerekli görülen sağlık hizmetlerinin karşılanmasını, iş göremezlik hallerinin ortadan kaldırılmasını veya azaltılmasını temin etmek amacıyla oluşturulmuş sosyal güvencedir (SSGSSK md.63/1). Bu kişilerin hangi sağlık yardımlarını ve tıbbi bakım ve gözetimi alacakları ise Kanunda sayılmıştır Kanunun 63'üncü maddesinde sayılmıştır (SSGSSK md.63/1).

Genel sağlık sigortası, prime dayanan ve zorunlu bir sigorta türüdür ve sigorta, kişilere sunulan sağlık hizmetinin finansmanını sağlar. Sisteme katılanlar belirli oranda prim öderken, prim ödeme gücü olmayanlar için ödeme devlet tarafından karşılanır[78]. Sigortanın amacı, kapsamındaki kişilerin tamamının eşit şekilde sağlık hizmetlerinden yararlanabilmesidir[79].

e. İsteğe Bağlı Sigortalılık

Kural olarak sosyal sigorta zorunlu bir rejimdir. Diğer bir ifade ile sosyal sigortanın kapsamına giren bir faaliyetin başlaması ile kişi, sigortalı olur[80]. Ancak 5510 sayılı Kanunun 50'nci maddesinde, zorunlu sigortanın kapsamına girmeyen kişiler için bir imkân sağlanmış ve bu kişilerin isteklerine bağlı olarak sigortalı olabileceği kabul edilmiştir. Böylece zorunlu sigortanın kapsamına girmeyen kişilerin, isteğine bağlı olarak prim ödeyip, uzun vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortasına tabi olmalarına imkân sağlanmıştır[81].

---

76 **Arıcı,** s. 399.

77 **Bostancı, Yalçın** (2007) Sosyal Güvenlik Hukukunda Genel Sağlık Sigortası, (Doktora), T.C. Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 59; **Tuncay/Ekmekçi,** s. 569; **Arıcı,** s. 409.

78 **Tuncay/Ekmekçi,** s. 570.

79 **Çolak, Mahmut** (2016) Mahalli İdareler, Üniversiteler ve Tüm Kamu İdareleri İçin Gerekçeli, Açıklamalı ve İçtihatlı 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, Ankara Mevzuat Yayıncılık, Ankara, s. 339.

80 **Tuncay/Ekmekçi,** s. 356.

81 **Bostancı,** s. 178; **Korkusuz/ Uğur**, s. 239.

3. Sosyal Güvenlik Hukukunda Primsiz Sistem

Sosyal güvenlik hukukunda primli rejimin yanı sıra, hizmet alan kişilerden hiçbir karşılık alınmaksızın yararlanabileceği sosyal yardım ve sosyal hizmetler de yer alır[82]. Karşılıksız sosyal refah hizmetlerinden olan sosyal yardım ve sosyal hizmet, birbirinden farklı hizmetlerdir. Sosyal hizmetler, bireylere insan onuruna yakışır bir şekilde yaşayabilmesi için yapılan, sosyal ve ekonomik yardım ve hizmetlerdir[83]. Bu açıdan sosyal yardım, yardıma muhtaç olan kişilere devlet bütçesinden karşılanan para yardımı iken[84] sosyal hizmet, insan onuruna yakışır bir hayat sürdürülebilmesi için mağdur kesime yapılan aynî ya da nakdî yardımlardır[85]. Örneğin, yoksullara yardım sağlanması ya da muhtaç yaşlıların bakımının sağlanması ya da kimsesiz çocukların bakımının sağlanması sosyal hizmet kapsamındadır[86].

II. YABANCILARIN SOSYAL GÜVENLİK HAKLARI

Türk hukukunda[87], sosyal güvenlik hakkından ilk olarak, kamu kurum ve kuruluşları ile mahallî idarelerde görev yapan memur, müstahdem ve işçi kesimi yararlanmış, 1961 Anayasasından sonra ise sosyal güvenlik, vatandaşların bir kısmına tanınan bir hak olmaktan çıkarak, herkes için tanınan bir anayasal hak olmuştur (AY md.60)[88]. Anayasanın 16'ıncı maddesinde ise temel hak ve hürriyetlerin kanunla milletlerarası hukuka uygun olarak sınırlandırılabileceği düzenlenmiştir. Buna bağlı olarak, Anayasanın sosyal ve ekonomik haklar başlıklı üçüncü bölümünde düzenlenen bir hak olan sosyal güvenlik hakkının kullanımı, zaman zaman kanunî düzenlemelerle yabancılar açısından sınırlandırılabilmekte ya da birtakım şartlara bağlanabilmektedir.

---

82 **Güzel/Okur/ Caniklioğlu,** s. 810; **Korkusuz/ Uğur,** s. 93; **Bostancı,** s. 11 vd.

83 **Negiz, Nilüfer** (2011) "Sosyal Yardım ve Sosyal Hizmet Faaliyetleri Açısından Isparta Belediyesi: Farkındalık, Yararlanma ve Değerlendirme Açısından Bir Araştırma" Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C:16, S:2, s. 323-341, s. 324; **Bostancı,** s. 12, 13; **Şenocak, s.** 443.

84 **Ayman Güler, Birgül** (2006) "Sosyal Devlet ve Yerelleşme" Memleket Siyaset Yönetim, C:1, S:2, s. 1-13, s. 2. Bu yardım, kamu kuruluşlarınca, yardım kurumları, vakıf ve diğer kurumlarca yapılabilir. Kural olarak bu yardımların yapılmasında, muhtaç olma şartı aranmaktadır: **Uşan**, s. 32; **Korkusuz/ Uğur**, s. 93; **Tuncay/ Ekmekçi**, s. 774; **Şenocak,** s. 436.

85 **Negiz**, s. 324; **Korkusuz/ Uğur**, s. 114; **Tuncay/ Ekmekçi**, s. 792, **Arıcı**, s. 205.

86 **Uşan**, s. 32.

87 Ayrıntılı bilgi için bkz: **Güvercin**, s. 91 vd.; **Arıcı**, s. 67 vd. **Alper, Yusuf** (2018) Türk Sosyal Güvenlik Sistemi Sosyal Sigortalar Hukuku, 9. Baskı, Bursa, Dora, s. 4 vd. **Tuncay/ Ekmekçi**, s. 83 vd.

88 **Arıcı**, s. 96.

Sosyal güvenlik hukukuna ilişkin iç hukukumuzdaki düzenleme, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile yapılmıştır. 5510 sayılı Kanununa göre sigortalı sayılmak için hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılmak gerekir (SSGSSK md.4/1-a). 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanununda da (UİK) "*Çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti alan yabancılar ile yabancı çalıştıran işverenler, sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan yükümlülüklerini kanuni süresi içinde 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu hükümlerine göre yerine getirirler.*" ifadeleri ile çalışma iznine sahip olan ya da çalışma izninden muaf yabancıların sigortalı sayılacağı düzenlenmiştir (UİK md.22/2). Dolayısıyla 5510 sayılı Kanunun 4/1-a hükmü, yabancılar için de kullanılabilecektir[89]. Ancak yabancıların madde 4/1-a hükmü kapsamında sigortalı sayılması, sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış ülke uyruğunda olanlar hariç mütekabiliyet esasına bağlıdır (SSGSSK md.4/2-c). İlave olarak hizmet akdi ile çalışanların dışında, hizmet akdi ile çalıştırılmasa da, bağımsız çalışan yabancılar (SSGSSK md.4/1-b) ile madde 4/1-c bendi kapsamında kamu idarelerinde görev yapan yabancılar da sigortalıdır[90].

Her ne kadar yabancıların ülkemizde sigortalı olarak sayılacakları kabul edilse de "*Uluslararası sosyal güvenlik sözleşmeleri hükümleri saklı kalmak kaydıyla; yabancı bir ülkede kurulu herhangi bir kuruluş tarafından ve o kuruluş adına ve hesabına Türkiye'ye üç ayı geçmemek üzere bir iş için gönderilen ve yabancı ülkede sosyal sigortaya tâbi olduğunu belgeleyen kişiler ile Türkiye'de kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan, yurt dışında ikamet eden ve o ülke sosyal güvenlik mevzuatına tâbi olanlar*" sigortalı sayılmazlar (SSGSSK md.6/1-e). Dolayısıyla Türkiye'de sigortalı sayılamayacak yabancılar; karşılıklılık ilkesi gereğince iki taraflı sosyal güvenlik sözleşmeleri kapsamında kalan yabancılar[91],

---

89 **Ekşi, Nuray** (2018) Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Beta, s. 265; **Doğan, Vahit** (2017) Türk Yabancılar Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Savaş**,** s. 185.

90 Yabancılar, bir kadroya dayalı ve kamu hukuku rejimine tabi olarak asli ve sürekli kamu hizmet görevlerinde bulunamayacaklarından, sadece kamu idarelerinde sözleşmeli olarak çalışan ve 5510 sayılı kanunun 4/1-a bendi kapsamına girenler gibi sigortalı olması öngörülmemiş yabancılar, 4/1-c bendi kapsamında sigortalı sayılabilecektir: **Tuncay/ Ekmekçi**, s. 312.

91 Türkiye'nin, Almanya, Arnavutluk, Azerbaycan, Avusturya, Çekya, Belçika, Bosna ve Hersek, Danimarka, Fransa, Gürcistan, Hırvatistan, Hollanda, İngiltere, İsveç, İsviçre, İtalya, KKTC, Kanada, Karadağ, Kebek, Kore, Libya, Lüksemburg, Makedonya, Norveç ve Romanya, Slovakya, Sırbistan ile sosyal güvenlik anlaşmaları vardır: **Sosyal Güvenlik Kurumu** Sosyal Güvenlik Sözleşmeleri <https://www.aybu.edu.tr/hukuk/ybhd/contents/files/yaz%C4%B1m%20kurallar%C4%B1%202(trk).pdf> s.e.t. 29.01.2019 **; Ekşi**, s. 265, 266. Bu kişilerin sosyal güvenliğe ilişkin hakları ilgili ikili anlaşmalara tâbi olacaktır: **Çelikel, Aysel / (Öztekin) Gelgel, Günseli** (2017), Yabancılar Hukuku, 23. Baskı, İstanbul, Beta, s. 300.

bir kuruluş tarafından o kuruluş adına veya hesabına Türkiye'de üç ayı geçmeyen bir iş görmek amacıyla gönderilen ve yabancı ülkede sosyal sigortaya tâbi olduğunu belgeleyen yabancılar ile yabancı ülkelerin büyükelçilik veya konsolosluk mensuplarının özel hizmetlerinde çalıştırılan ve gönderen devlet veya üçüncü devletçe sigortalı olduklarını belgeleyen yabancılardır[92].

Yabancıların genel sağlık sigortasında yararlanması ise, ikâmetgahlarının Türkiye'de olmasına bağlanmıştır (SSGSSK md.60). Türkiye'de ikamet eden uluslararası koruma başvuru sahipleri, statü sahipleri ve vatansızlar ile mütekabiliyet esasına bağlı olarak ikamet izni almış yabancılardan bir ülke mevzuatınca sigortalı olmayanlar, genel sağlık sigortasından yararlanabilecektir[93]. Bununla birlikte yabancı ülke vatandaşları Türkiye'de bir yıllık ikamet süresini doldurmadıkça, kendilerinden genel sağlık sigortası primi alınmaz ve bu kişiler genel sağlık sigortalısı olarak kabul edilmez (SSGSSK md.52/3). Uluslararası koruma başvuru ve statü sahipleri ile vatansızlar ise, uluslararası koruma başvurusu yaptıkları veya uluslararası koruma statüsü aldıkları veya vatansız kişi sayıldıkları, korunma, bakım ve rehabilitasyon hizmetlerinden ücretsiz yararlanmaya başladıkları tarihten itibaren genel sağlık sigortalısı sayılır (SSGSSK md.61/1-b). Ülkemize eğitim amaçlı gelen yabancı öğrenciler ise karşılıklılık ve Türkiye'de bir yıl ikamet şartı aranmaksızın[94] ilk kayıt tarihinden itibaren üç ay içinde talepte bulunmaları hâlinde, genel sağlık sigortalısı olacaklardır. Ancak bu süre içerisinde başvuruda bulunmayanlar, eğitimleri süresince genel sağlık sigortası hükümlerine tâbi olmayacak, 5510 sayılı Kanun uyarınca belirlenen prime esas günlük kazancın alt sınırının üçte birinin 30 günlük tutarı üzerinden genel sağlık sigortası primi ödeyeceklerdir (SSGSSK md.60/7).

Türkiye'de ikamet edip zorunlu sigorta kapsamında yer almayan yabancılar ise, uzun vadeli sigorta ve genel sağlık sigortasından, isteğe bağlı sigortalı olarak yararlanabilir (SSGSSK md.50)[95]. Bu kişilerin genel sağlık sigortasından

---

92 **Doğan,** s. 237; **Ekşi,** s. 265; **Çelikel / (Öztekin) Gelgel**, s. 300.

93 **Ekşi,** s. 266, 267; **Doğan**, s. 185.

94 SSGGSSK'nın 52'nci maddesinin 2'nci maddesinde "*İsteğe bağlı sigortalı olanlar, bakmakla yükümlü olunan kişi olsa dahi, 60 ıncı maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılır ve genel sağlık sigortası primini de ödemekle yükümlüdürler. Yabancı ülke vatandaşlarından Türkiye'de yerleşik olma hali bir yılı doldurmadıkça genel sağlık sigortası primi alınmaz ve bu kişiler genel sağlık sigortalısı sayılmaz"* ifadeleri ile genel sağlık sigortası için bir yıllık ikâmet şartı aranmıştır.

95 SSGSSK md.50/2:
a) Bu Kanuna tâbi zorunlu sigortalı olmayı gerektirecek şekilde çalışmamak veya sigortalı olarak çalışmakla birlikte ay içerisinde 30 günden az çalışmak ya da tam gün çalışmamak,
b) Kendi sigortalılığı nedeniyle aylık bağlanmamış olmak,

yararlanabilmeleri ise, bir yıldır Türkiye'ye yerleşik olma şartına bağlıdır (SSGSSK md.52/2). Yabancıların işsizlik sigortasından yararlanması ise yabancının bir hizmet akdine dayalı olarak çalışması şartına bağlıdır[96].

Yabancıların sosyal güvenlik hakkının primsiz rejimi olan sosyal yardım ve sosyal hizmetlerden yararlanması ise kanunlarda yazılı olan şartları sağlamaları ile mümkün olur. İlgili kanunda sosyal yardım ya da hizmetten yararlanabilmek için Türk vatandaşı olma şartının aranması durumunda ise, yabancı statüsündeki kişilerin bu haklardan yararlanabilmesi mümkün olmayacaktır[97].

Yabancıların sosyal güvenlik hakkına ilişkin diğer hükümler ise mavi kart hamilleri ve turkuaz kart[98] sahiplerine ilişkin olarak düzenlenmiştir. TVK'nın 28'inci maddesinde, doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve bu kişilerin üçüncü dereceye kadar altsoylarının sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tâbi olmak şartıyla, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edeceği düzenlenmiştir (TVK md.28). Turkuaz kart sahipleri ise süresiz çalışma izninin sağladığı haklardan yararlanır (UİK md.11/4). Süresiz çalışma izni sahipleri ise özel kanunlardaki düzenlemeler hariç, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili mevzuat hükümlerine tâbi olmak şartıyla, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanır (UİK md.10/4). Dolayısıyla turkuaz kart sahipleri ile TVK'nın 28'inci maddesi kapsamındaki imtiyazlı yabancı statüsüne sahip kişiler, sosyal güvenlik hakkından Türk vatandaşına tanınan şekilde Türk vatandaşları gibi yararlanacaktır.

III. MAVİ KART HAMİLLERİNİN SOSYAL GÜVENLİK HAKKI

A. GENEL OLARAK

TVK'nın 28'inci maddesinde, çıkma izni alarak Türk vatandaşlığından ayrılanların sahip olmadığı hakların belirtilmesinin ardından "*Bu kişilerin sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı olup bu hakların kullanımında ilgili*

c) 18 yaşını doldurmuş bulunmak,
d) İsteğe bağlı sigorta talep dilekçesiyle Kuruma başvuruda bulunmak,
şartları aranır.

96 **Ekşi,** s. 268.

97 Ancak mavi kart sahipleri, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan Türk vatandaşları gibi yararlanmaya devam edeceğinden bu durumun istisnasını oluşturacak ve sosyal yardım ve hizmetlerden yararlanabilecektir.

98 Yabancıya, Türkiye'de süresiz çalışma hakkı, mevzuat hükümlerine göre eş ve bakmakla yükümlü olduğu çocuklarına ise ikamet hakkı veren belgedir (UİK md.3/1-ğ).

kanunlardaki hükümlere tâbidirler." ifadesine yer verilmiştir. Hükümde, mülga düzenlemelerin aksine mavi kart hamillerinin sahip olamayacakları hakların sayılması ile bu kişilerin sahip olduğu hakların kapsamı iyice genişletilmiştir[99]. Buna ilaveten, ikinci fıkranın son cümlesinde yani kullanılamayacak hakların sayılmasının ardından, sosyal güvenlik hakkına ilişkin yukarıda belirtilen açıklamaya yer verilmesi, kanun koyucunun sosyal güvenlik hakkına özel olarak vurgu yaptığının göstergesidir.

Hükümle, çıkma izni ile Türk vatandaşlığından ayrılan kişilerin sahip oldukları hakların tamamı, TVK'nın 28'inci maddesi ile bu kişilerin üçüncü dereceye kadar altsoylarına da verilmiştir. Doktrinde üçüncü dereceye kadar olan altsoyların kapsamına çıkma iznini kullanan ilgilinin çıkma belgesinde kayıtlı altsoyunun dahil olduğu, imtiyazlı statüden yararlanacak kişilerin bundan daha geniş bir şekilde anlaşılabilmesinin bir diğer ifade ile çıkma belgesinde adı bulunmayan kişilerin de bu kapsama dahil edilebilmesinin ancak kanun hükmü ile mümkün olabileceği savunulmaktadır[100]. Kanaatimizce, mavi kart hamillerinin imtiyazlı statüsünden yararlanabilecek altsoy, çıkma belgesinde kayıtlı bulunmayan, çocuk ve torunlarının tamamını da kapsar. Zira bu yaklaşım hükmün getiriliş amacına daha uygun bir yorum olur. İlave olarak, TVK'nın 28'inci maddesinin 5'inci fıkrasında yer alan "*Bu madde hükümlerinden yararlanacak olan altsoyunun, üstsoyu ile soybağını belgelendirmesi şarttır*." ifadesinden de anlaşılabileceği gibi, mavi kart hamili kişinin çıkma izni alarak Türk vatandaşlığından ayrıldığı tarihte, henüz doğmamış çocuk ya da torunlarının üstsoyu ile soybağını tespit ettirmesi ile imtiyazlı statülü yabancı olarak haklardan faydalanabileceği açıktır. Bir diğer ifade ile mavi kart hamillerinin üçüncü dereceye kadar altsoyu, mavi kart hamilleri ile aynı statüye sahiptir[101]. Bu açıdan çalışmamızda, mavi kart hamillerine yönelik yapılan değerlendirmelerin tamamı, bu kişilerin üçüncü dereceye kadar altsoyları için de geçerli olacağından, her bir açıklamadan sonra yeniden altsoylara ilişkin değerlendirme, tekrardan kaçınmak adına yapılmayacaktır.

---

99 Hükme ilişkin taslak çalışmalar için bkz: **Turhan**, s. 44 vd.

100 **Güngör, Gülin** (2018) Tâbiiyet Hukuku Gerçek Kişiler- Tüzel Kişiler- Şeyler, 6. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 180, 181.

101 Cumhurbaşkanınca gerekli görüldüğü hallerde üçüncü dereceye kadar olan altsoy ifadesinin daha da genişletilebilmesi mümkündür (TVK md.28/4).

B. MAVİ KART HAMİLLERİ

TVK'da, çıkma izni alarak Türk vatandaşlığından ayrılan kişilerin ve bu kişilerin üçüncü dereceye kadar altsoylarının istisnaî olarak, seçme ve seçilme, muafen araç veya ev eşyası ithal etme hakları ile askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü ve kadroya dayalı olarak aslî ve talî kamu hizmeti görevlerini yapmalarının mümkün olmadığı düzenlemiştir (TVK md.28/ 2 ve 3). TVK'nın 28'inci maddesinde, mavi kart hamillerinin kullanamayacakları hakları düzenleyen ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri ile birinci fıkrayı birlikte değerlendirdiğimizde, maddede sayılan istisnalar dışında bu kişilerin Türk vatandaşlarına tanınan diğer tüm haklardan millî güvenlik ve kamu düzenine aykırı olmadıkça aynen Türk vatandaşları gibi yararlanmaya devam edecekleri anlaşılmaktadır.

Kanun, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları güvence altına alabilmek için ayrıca vurgulayarak, mavi kart hamillerinin bu haklardan Türk vatandaşları gibi yararlanmasına imkân sağlamıştır. Böylelikle Türk Vatandaşlığı Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte[102] (TVKUY) örnekleme yoluyla sayılan, ikamet, seyahat, çalışma, yatırım, ticarî faaliyet, miras, taşınır ve taşınmaz iktisabı ve ferağı gibi haklarla aynı şekilde, sosyal güvenliğe ilişkin haklar da, mavi kart hamilleri tarafından Türk vatandaşları gibi aynen kullanılabileceği güvence altına alınmıştır (TVKUY md.52/2). Kanun koyucunun yaptığı bu vurgu, 5901 sayılı TVK'nın 28'inci maddesinde değişiklik yapan, 09.05.2012 tarihli 6304 sayılı Kanunun madde gerekçesinde de "*Ayrıca, Mavi Kart sahibi kişilerin kamu hizmetlerine girme, sosyal güvenlik hakkı gibi çeşitli konulardaki hakları özel olarak yasal güvenceye kavuşturulmaktadır.*" ifadeleri ile dile getirilmiştir[103].

Yargıtay'da bu hususu 2017 yılında vermiş olduğu bir kararında şu ifadelerle dile getirmiştir, "*Yurt dışında bulunan Türk vatandaşları, yaşadıkları ve çalıştıkları ülkelerde ekonomik, sosyal ve siyasî haklardan eksiksiz yararlanmak*

---

[102] R.G. 06.04. 2010, S. 27544.

[103] Türkiye Büyük Millet Meclisi (2011) Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve İçişleri Komisyonu ile Anayasa Komisyonu Raporları, (1/564), <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss201.pdf>, s.e.t. 09.11.2018, Madde: 13, s. 8.

amacıyla yabancı devlet vatandaşlığına geçmektedirler. Özellikle bazı Avrupa ülkeleri, çifte vatandaşlığa izin vermediğinden bu ülkelerin vatandaşlığına geçmek isteyenlerin Türk vatandaşlığından çıkması zorunlu hale gelmektedir. Türk vatandaşlığından izinle çıkanların anavatanlarıyla bağları aynen devam etmekte ve çoğunlukla yurt dışında emekli olduktan sonra Türkiye'ye geri dönmektedirler. Bu nedenledir ki Türk vatandaşlığından izinle çıkanlar aslında vatandaşlığı kağıt üzerinde kaybetmekte ancak Türkiye ile maddi ve manevi bağları aynen devam etmektedir. Türk vatandaşlığından izinle çıkanların anavatanları ile bağları aynı kuvvetle devam etmesine karşın bu kişilere doğumla Türk vatandaşı olmayan bir yabancı muamelesi yapılması Türkiye gerçekleriyle bağdaşmayacağından 5901 Sayılı "Türk Vatandaşlığı Kanunu"nun 28. maddesiyle bu kişilerin kazanılmış hakları saklı tutulmuştur.

Bu maddeyle, izinle Türk vatandaşlığından çıkan kişilerin vatandaşlığı adeta örtülü olarak sürdürülmekte ve vatandaşlıktan kaynaklanan hakları bazı istisnalar dışında korunmaktadır. Kanun'un 28. maddesinin 1. fıkrasına göre aslolan bu kişilerin bu maddede belirtilen istisnalar dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam etmeleridir. İstisna olan bu kişilere tanınan haklar değil, yararlanma imkânı tanınmayan haklardır"[104]. Bu sebeplerle mavi kart hamilleri, sosyal güvenlik hukukunun primli rejimi açısından 5510 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesi kapsamında sigortalı sayılabilmesi, uzun ve kısa vadeli sigorta kolları, işsizlik sigortası, genel sağlık sigortası ve isteğe bağlı sigortalılık sistemlerinden yararlanabilmesi bakımından, Türk vatandaşları ile aynı statüdedir. Dolayısıyla mavi kart hamilleri sosyal güvenlik hukukunun primli rejiminden aynen Türk vatandaşları gibi yararlanabilecektir.

Sosyal güvenlik hukukunun primsiz rejimi olan sosyal yardım ve sosyal hizmetlerden de özel statülü konumları dolayısıyla Türk vatandaşları gibi yararlanacak. Sosyal yardım ve sosyal hizmetlerden yararlanabilmek için kanunlarda yer alan, Türk vatandaşı olma şartı ise, bu kişilerin Türk vatandaşlığını taşımaması sebebi ile hakkın kullanılması açısından herhangi bir sınırlama ya da engel yaratmayacaktır.

[104] Yargıtay HGK, 29. 03. 2017, E. 2015/21-3676, K. 2017/584, <www.kazanci.com> s.e.t. 09.11.2018.

C. SOSYAL GÜVENLİĞE İLİŞKİN HAKLARIN KULLANILMASI

1. Sosyal Güvenliğe İlişkin Kazanılmış Haklar

TVK'nın 28'inci maddesi sosyal güvenlik hakkına ilişkin olarak iki hususa ayrı vurgu yapmıştır. Bu vurgulardan ilki, mavi kart hamillerinin sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış haklarının kanun tarafından güvence altına alındığıdır. TVK uyarınca, kişinin Türk vatandaşlığından çıkmadan evvel elde ettiği sosyal güvenliğe ilişkin bir hakkı, Türk vatandaşlığından çıkmasının ardından korunmaya devam edecektir (TVK md.28/2 c.son).

Yargıtay da 2017 yılında vermiş olduğu bir kararı ile bu hususu açıkça belirtmiştir. Dava konusu olayda babalarının emekli olmasının ardından Türk vatandaşlığını çıkma yolu ile kaybeden iki kardeş, mahkemece, babalarının emekli olduğu kurumun sağlık hizmetlerinden yararlanabileceklerine ilişkin bir tespit kararı alınmasını istemiş; ancak mahkeme, istemin reddine karar vermiştir. Yargıtay 21'inci Hukuk Dairesi ise "…*Gerek, 12.06.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5901 Kanununun 29. maddesindeki yasal düzenlemede, doğumla Türk vatandaşı olup da, İçişleri Bakanlığından vatandaşlıktan çıkma izni alanların, sosyal güvenliğe dair kazanılmış hakları saklı tutulmuş olup; anılan kişilerin bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tâbi olmak şartıyla Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edecekleri belirtilmiştir. Açıklanan kanun maddeleri, açıkça, çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybeden kişilerin kazanılmış haklarının korunacağını belirtmektedir.*

Somut olayda; yukarda belirtilen yasal düzenlemeler gözetildiğinde, Türk vatandaşlığından izinle çıkan davacıların, sosyal güvenliğe dair haklarının Türk Vatandaşlık Kanunu ile kazanılmış hak sayılarak korunduğu gözetilmeyerek, davanın reddine karar yerilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir." ifadeleri ile kararı bozarak, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakların, 5901 sayılı TVK'nın 28'inci maddesinde korunduğunu açıkça dile getirmiştir[105].

Yargıtay sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış haklarla ilgili vermiş olduğu diğer bir kararında ise, kazanılmış hak kavramını "*kişinin bulunduğu statüden*

[105] Yargıtay 21. HD, 03.07.2017, E.2016/3367, K.2017/5638, <www.kazanci.com> s.e.t. 09.11.2018.

doğan, kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel niteliğe dönüşmüş bir haktır. Kazanılmış haklar, Hukuk Devleti kavramının temelini oluşturan en önemli unsurlardandır." ifadeleri ile tanımlamıştır. Aynı kararda, kazanılmış hakları ortadan kaldıracak nitelikte yorumların, Anayasanın 2'nci maddesinde yer alan Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti niteliği ile uyuşmayacağı ifade edilmiştir. Yargıtay bu kararında, mavi kart hamillerinin sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış haklarının korunmamasını, toplumsal kararlılığı, hukuksal güvenceyi ortadan kaldıracak, belirsizlik ortamına neden olacak ve kabul edilemeyecek bir durum olarak nitelendirmiştir[106]. Dolayısıyla kanun hükümlerinden ve Yargıtay'ın kararlarından da anlaşıldığı gibi, Türk vatandaşlığından izin alarak çıkan kişilerin, Türk vatandaşlığını kaybetmeden önce elde ettiği hakları, Türk vatandaşlığını kaybetmelerinin ardında da, korunmaya devam edecek ve kişiler, bu haklarından Türk vatandaşı gibi yararlanacaklardır. Yargıtay HGK'da, davacının Almanya'da geçen çalışma sürelerinin bir kısmı Türk vatandaşı olduğu dönemde, bir kısmı ise Türk vatandaşlığından ayrıldığı dönemlerde olmasının, 3201 sayılı Kanun[107] gereğince hizmet borçlanması[108] açısından kişinin sosyal güvenlik hakkı bakımından değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin kararında, 3201 sayılı Kanununda her ne kadar borçlanma hakkının, yurt dışında çalışan Türk vatandaşlarına tanındığı ifade edilse de, kişinin çıkma iznini almak suretiyle Türk vatandaşlığından ayrılıncaya kadar Almanya'da çalıştığı dönemlerin, borçlanma hakkı kapsamında TVK bakımından, kişinin sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakkı olduğundan, borçlanma hakkı kapsamına dahil edilmesi gerektiğine karar vermiştir[109]. Bu kararla da, kişinin Türk vatandaşlığından çıkmadan evvel sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış haklarının korunması gereği açıkça vurgulanmıştır.

---

106 Yargıtay HGK, 28.4.2010, E. 2010/10-210, K. 2010/240, <www.kazanci.com> s.e.t. 09.11.2018.

107 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun, R.G. 22.05.1985, S. 18761.

108 Yargıtay'ın tanımına göre hizmet borçlanması, sosyal güvenlik hakkı elde edilmesinde istisnaî bir yöntem olarak; primi ödenmediği için hizmet süresinden sayılmayan bazı sürelerin primlerinin borçlanılıp ödenmesi koşuluyla yaşlılık aylığına esas sigortalılık süresi ve prim gün sayısından sayılmasını sağlayan bir yapıyı ifade etmektedir: Yargıtay HGK, 28.4.2010, E. 2010/10-210, K. 2010/240. Ayrıca bkz: **Arıcı**, s. 43, 44.

109 Yargıtay HGK, 28.4.2010, E. 2010/10-210, K. 2010/240, <www.kazanci.com> s.e.t. 09.11.2018.

2. Sosyal Güvenlik Hakkı

TVK'nın 28'inci maddesi hükümlerinden, çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığından ayrılanların ve onların üçüncü dereceye kadar altsoylarının, sosyal güvenliğe ilişkin haklarının kazanılmış hak olsun ya da olmasın Türk vatandaşları gibi özel kanunlarda gösterildiği şekilde kullanmaya devam edecekleri sonucu çıkmaktadır. Zira TVK'da Türk vatandaşlığından çıkan kişilerin, "*bu maddede belirtilen istisnalar dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler*" ifadeleri ile kanunda sayılan seçme seçilme, muafen araç veya ev eşyası ithal etme hakları ile kamu görevine girme yasağı ve askerlik yapma yükümlülüğü dışında, Türk vatandaşları ile aynı statüde oldukları ifade edilmektedir. Kanundaki ifadeye bağlı olarak sadece kazanılmış sosyal güvenlik hakkının yararlanılabilecek haklar kategorisine konulması doğru olmaz.

403 sayılı TVK'nın 29'uncu madde hükmünün ve 5901 sayılı TVK'nın 28'inci maddesinde yer alan düzenlemenin ana amacı, bulundukları ülkelerde siyasî, ekonomik, kültürel ve sosyal açıdan daha etkin olmak isteyen vatandaşlarımızın çıkma izni aldıktan sonra, kanunda belirtilen istisnalar dışında, diğer tüm haklardan Türk vatandaşları gibi yararlanmalarının devamını sağlayabilmektir[110]. Bu açıdan kanunda yer alan istisnaları geniş bir şekilde yorumlayarak sosyal güvenliğe ilişkin hakları, mavi kart hamili imtiyazlı yabancı statüsünde olanların kullanamayacağı haklar arasında görmek, kanunun amacına uygun düşmez. Bir diğer ifade ile Türk vatandaşlığından çıkan kişi sosyal güvenliğe ilişkin haklardan aynen yararlanamaya devam edecektir. İmtiyazlı yabancı statüsüne sahip olan, mavi kart hamillerinin hak ve hürriyetleri, Türk vatandaşları gibi devam eder. Ancak bu kişilerin, seçme ve seçilme hakkı, muafen araç ya da ev eşyası ithal etme hakkı, askerlik yapma yükümlülüğü ile kamu görevinde bir kadroda yer alarak bulunma hakları yoktur. Kanun istisnaları sayarken sosyal güvenlik hakkından yararlanmaya yer vermediğinden, sosyal güvenlik hakkı Türk vatandaşlığından çıkmanın ardından, aynen Türk vatandaşları gibi kullanılabilecek haklardandır. Dolayısıyla mavi kart hamilleri kazanılmış hak olsun ya da olmasın sosyal güvenliğe ilişkin haklarını kullanabileceklerdir.

[110] **Aygül**, s. 43.

Sosyal güvenliğe ilişkin bir hak, çıkma hakkı kullanılmadan önce kazanılmış olsun ya da çıkma hakkının kullanmasından sonraki bir zamanda şartları tamamlanarak doğmuş olsun, mavi kart hamillerinin kullanabileceği hak olarak görülmesi yorumlama ilkelerinden olan istisnalar dar yorumlanır ilkesi ile de örtüşür. Kanun koyucu "*Doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve üçüncü dereceye kadar olan altsoyları, bu maddede belirtilen istisnalar dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler*" ifadeleri ile kuralı belirtmiştir (TVK md.28/1). Kural olarak mavi kart hamilleri, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam eder. Bu sonuç kanunun amacı ile de örtüşmektedir. Ancak istisna kapsamındaki hak ve yükümlülüklerin, mavi kart hamillerince kullanılamayacağı açıkça ifade edilmiştir. 28'inci maddenin ikinci fıkrasında sadece sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış haklardan bahsedilmesi sebebiyle kuralın haklardan aynen Türk vatandaşları gibi yararlanmak olduğu göz ardı edilerek, yararlanılabilecek haklar kapsamına sadece sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakların dahil edilmesi kanunî düzenlemedeki istisnaların genişletilmesi olacak ve yerinde bir yorum olmayacaktır. Dolayısıyla istisnaların geniş yorumlanarak kazanılmış haklar dışındaki sosyal hakların, çıkma izni alan kişilerin kullanamayacağı haklar arasında görülmesi, istisnaların geniş yorumlanması anlamına gelir. Halbuki kuralın geniş, istisnaların ise dar yorumlanması gerekir[111]. Bu açıdan kanunda ismen sayılan istisnaların yanına sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış haklar dışındaki hakları eklemek yerinde olmaz. Bu yorum tarzı, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakların korunacağını vurgulamak için getirilen ve mavi kart hamillerinin lehine olan hükmün amacına aykırı olarak, mavi kart hamillerinin kullanabileceği sosyal güvenlik hakkının kapsamını daraltmak anlamını taşır.

3. Sosyal Güvenliğe İlişkin Hakların Kullanılması

Kanun vurguladığı ilk husus olan mavi kart hamillerinin sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış haklarının güvence altına alınmasının yanı sıra ikinci vurgu,

[111] **Gözler, Kemal** "Yorum İlkeleri" Ergül, Ozan (Editör) Kamu Hukukçuları Platformu Toplantısı, 29-30 Eylül 2012, Ankara s. 59 vd.

sosyal güvenliğe ilişkin hakların kullanımının özel kanunlarda öngörüldüğü şekilde olacağıdır (TVK md.28/2 c.2). Kanaatimizce kanunun koyucunun buradaki amacı, hakların Türk vatandaşları gibi kullanılacağı hususuna bir daha vurgu yapmaktadır. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi kullanılabilecek hak kapsamına sadece kazanılmış haklar değil sosyal güvenliğe ilişkin hakların tamamı girmektedir. Ancak Kanunun ikinci vurgusunda da açıkça belirttiği gibi sosyal güvenliğe ilişkin hakların kullanılabilmesi özel kanunlardaki hükümlere tâbi tutulmuştur. Hükümle sosyal yardım, sosyal hizmet ya da sosyal sigortalara ilişkin hakların aynen Türk vatandaşlarında olduğu gibi, bu haklara ilişkin özel olarak düzenlenmiş kanunlara göre kullanılacağı güvence altına alınmıştır. Bu sonuca Yönetmelik hükmünden de ulaşabilmek mümkündür. Yönetmeliğin 52'nci maddesinde "*Bu kişilerin Türkiye'de ikamet, seyahat, çalışma, yatırım, ticarî faaliyet, miras, taşınır ve taşınmaz iktisabı ile ferağı gibi konulara yönelik işlemler, ilgili kurum ve kuruluşlarca Türk vatandaşlarına uygulanmakta olan mevzuat çerçevesinde yürütülür*" denilerek, istisnalar dışındaki tüm hakların Türk vatandaşlarına uygulanmakta olan haklara ilişkin özel olarak düzenlenmiş mevzuat çerçevesinde kullanılacağı belirtilmiştir (TVKUY md.52/2).

IV. SOSYAL GÜVENLİĞE İLİŞKİN ÖZEL KANUNLARDA YER ALAN DÜZENLEMELER

Sosyal güvenliğe ilişkin haklar, bu hakların kullanımına ilişkin mevzuatta yer alan şartlarda kullanılır. Kanunda, hakkın kullanılması Türk vatandaşı olma şartına bağlanmış olabilir. Mavi kart hamilleri bakımından, Türk vatandaşı olma şartının yerine getirilmiş olduğu kabul edilir[112]. Bu yaklaşım TVK'nın 28'inci maddesinin uygulamasında yeknesaklık sağlanması için de yerinde olur. Şöyle ki her ne kadar bazı mesleklerin münhasıran Türk vatandaşları tarafından yapılabileceği özel kanunlarla düzenlenmiş olsa da, mavi kart hamilleri, Türk vatandaşı olmamalarına rağmen, TVK'nın 28'inci maddesinde sayılan istisnalar dışındaki haklardan, Türk vatandaşı gibi yararlanabilir. Dolayısıyla mavi

[112] Ancak Sosyal Güvenlik Kurumu gelir tespitinde mavi kart hamillerini yabancı olarak kabul etmektedir: **Ekşi,** s. 263.

kart hamilleri, münhasıran Türk vatandaşlarına hasredilmiş meslekleri de yapabilirler. Örneğin, avukatlık[113] ve noterlik[114] yapabilmek veya marka ve patent vekili[115] olabilmek için, ilgili kanunlarda, Türk vatandaşı olma şartı aranmaktadır. Ancak mavi kart hamili kişilerin imtiyazlı statülerine bağlı olarak, bir kadroya dayalı olarak kamu hukuku rejimine tâbi kamu hizmeti görevleri dışında, Türk vatandaşı olma şartını arayan ve yabancıların yapamayacakları meslekleri yapabilecekleri kabul edilmektedir[116]. Bu kapsamda mavi kart hamillerinin memur[117] olmak dışında özel kanunlarında Türk vatandaşı olma şartı arayan noterlik, avukatlık gibi kamu hizmetlerine girebilecekleri kabul edilir. Böyle bir yaklaşım sosyal güvenliğe ilişkin haklar için de kabul edilerek, hakkın kullanılmasında uygulamaya aktarılmalıdır. Diğer bir ifade ile kanunlarda Türk vatandaşı olma şartı arandığı hallerde dahi sosyal güvenlik hakkı bakımından mavi kart hamillerinin sosyal güvenlik hakkını, Türk vatandaşı gibi kullanacağı ve Türk vatandaşı olma şartından istisna tutulduğu kabul edilmelidir. Bu kapsamda çalışmamızın ilerleyen kısmında iç hukukumuzda sosyal güvenliğe ilişkin hakların kullanılmasında, Türk vatandaşı olma şartını arayan hükümlerin mavi kart hamilleri bakımından uygulanmasının incelenmesine yer verilecektir.

A. EMEKLİ SANDIĞI KANUNU

5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununda[118](ESK), kanunda yer alan haklardan yararlanabilmek adına Türk vatandaşı olma şartı

---

113 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 3'üncü maddesinde avukatlığa kabul şartları arasında Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olma şartı aranmaktadır. R.G.07.04.1969, S. 13168.

114 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nda (NK) noterlik mesleğine kabul şartları arasında, noterlik stajı yer almaktadır ve stajı yapabilmek için ise, Kanun'un 7'nci maddesinde Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olma şartı aranmaktadır. R.G.05.02.1972, S. 14090.

115 5000 sayılı Türk Patent ve Marka Kurumu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 30'uncu maddesinde vekil olabilmek için Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olma şartı aranmaktadır. R.G. 19.11.2003, S. 25294.

116 **Aygül**, s. 56.

117 Bir kişinin memur olabilmesi için, kamuda yani devlet veya diğer kamu tüzel kişilerinde çalışması, genel idari esaslara göre yürütülen kamu görevini yapması ve gördüğü hizmetin aslî ve sürekli kamu hizmeti niteliğinde olması yani bir kadroya bağlı görev yapması gerekmektedir: **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s. 652; **Tanrıver, Süha** (1993) Konkordato Komiseri, 1. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 133; **Atay**, s. 8.

118 R.G.17.06.1949, S. 7235.

aranmıştı. Bu kanunda, Türk vatandaşı olma şartının yanında 18 yaşını doldurmuş olma şartı da aranmaktaydı (ESK md.12)[119]. Ayrıca muhtaç ve dul aylığından yararlanabilmek için de, Türk uyruğundan olmak gerekmekteydi (ESK md.80)[120]. Ancak 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 106'ncı maddesi ile hakların kullanılmasında Türk vatandaşı olma şartını arayan bu hükümler yürürlükten kaldırılmıştır (SSGSSK md.106).

5510 sayılı Kanunun geçici 4'üncü maddesinde getirilen düzenleme ile 5510 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce, 5434 sayılı Kanuna göre aylık bağlananlar ile kanun yürürlüğe girmeden önce sigortalı olanlar açısından, 5434 sayılı Kanunun uygulanmasına devam edileceği düzenlenmiştir[121]. Dolayısıyla bu kişiler için halen sosyal güvenlik hakkından yararlanabilmek için Türk vatandaşı olma şartı aranmaya devam edecektir. Yukarıda ayrıntısı ile açıklandığı üzere, çıkma iznini kullanan kişiler TVK'da belirtilen istisnalar dışında, kanunlarda tanınan haklardan aynen Türk vatandaşları gibi yararlanmaya devam edeceklerdir. Buna örnek olarak çıkma izni kullanan kişilerin, her ne kadar kanunlarda Türk vatandaşı olma şartı bulunsa da, TVK'nın 28'inci maddesinde yer alan istisnalar içinde olan kamu görevlisi olmamak şartı ile avukat[122] ya da noter[123] olabileceklerinin kabulünü vermiştik[124]. Zira çıkma izni kullananlar, Türk vatandaşı olma şartından istisna tutulmuşlardır[125]. Sosyal güvenlik hakkı bakımından da mavi kart hamilleri açısından farklı bir durum söz konusu değildir. Bu sebeple 5434 sayılı Kanunun uygulama alanına girecek mavi kart hamilleri, kanunda öngörülen Türk vatandaşı olma şartından istisna tutularak aynen

---

119 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanun 12'nci maddesi 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 106'ncı maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır: 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, md.106.

120 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanun 80'inci maddesi, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 106'ncı maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

121 Ayrıntılı bilgi için bkz: **Ekşi**, s. 267, 268.

122 1136 sayılı Avukatlık Kanunu (AK) avukatlığa kabul şartları arasında Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olma şartını aramaktadır (AK md.3/1-a). R.G. 07.04. 1969, S. 13168.

123 1512 sayılı Noterlik Kanunu stajyerlik şartları arasında Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olma şartını aramıştır (NK md.7/1-1): R.G. 05.02.1972, S. 14090.

124 Çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığından ayrılanlar, kamu görevlisi olmaksızın noterlik, hekimlik, hemşirelik, eczacılık, yeminli malî müşavirlik, mühendis ve mimarlık gibi serbest meslekleri yapabileceklerdir. Ayrıntılı bilgi için bkz: **Aygül, Musa** (2010) "Türk Vatandaşlığını Çıkma İzni Alarak Kaybeden Kişilerin Kamu Görevine Girme Yasağı", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:14, S:1, s. 31-60.

125 **Aygül**, s. 56.

Türk vatandaşı gibi sosyal güvenlik hakkından yararlanmaya devam edebilecektir. Bu noktada her ne kadar mavi kart hamillerinin Emekli Sandığı Kanunu kapsamında doğmuş olan sosyal güvenlik hakkını Türk vatandaşları gibi aynen kullanılmaya devam edebileceklerini belirtmiş olsak da, Emekli Sandığı Kanunu'nun kapsamına memurlar dahil olduğundan ve mavi kart hamillerinin memur olması TVK'nın 28'inci maddesi ile yasaklandığından, Emekli Sandığı Kanunu kapsamında kullanılabilecek sosyal güvenlik hakkının sadece çıkma izni almadan önce kazanılmış olan sosyal güvenlik hakkı olabileceği gözden kaçırılmamalıdır.

B. 2022 SAYILI 65 YAŞINI DOLDURMUŞ MUHTAÇ GÜÇSÜZ ve KİMSESİZ TÜRK VATANDAŞLARINA AYLIK BAĞLANMASI HAKKINDA KANUN

Sosyal güvenliğin bir alt kolu olan primsiz rejim içindeki sosyal yardımlar da sosyal güvenlik hakkı arasında kabul edilmelidir. 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun[126]'un isminden de anlaşılabileceği gibi hakkın kullanılması şartlarından ilki, 65 yaşın üzerinde muhtaç, güçsüz ve kimsesiz bir kimse olmak iken bir diğer şart, Türk vatandaşı olmaktır (md.1). Kanun ayrıca 65 yaşını doldurmamış olmasına rağmen 18 yaşını dolduran Türk vatandaşlarına da aylık bağlanacağını hüküm altına almıştır (md 2/1-b)[127].

---

[126] 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç Güçsüz Ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun, R.G. 10.07.1976, S. 15642.

[127] *Başkasının yardımı olmaksızın hayatını devam ettiremeyecek şekilde engelli olduklarını ilgili mevzuatı çerçevesinde alınacak sağlık kurulu raporu ile kanıtlayan, 18 yaşını dolduran Türk vatandaşı engellilerden; sosyal güvenlik kuruluşlarının herhangi birisinden her ne nam altında olursa olsun bir gelir veya aylık hakkından yararlananlar ile uzun vadeli sigorta kolları açısından zorunlu olarak sigortalı olunması gereken bir işte çalışanlar veya nafaka bağlanmış ya da nafaka bağlanması mümkün olanlar hariç olmak üzere, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları tarafından muhtaç olduğuna karar verilenlere muhtaçlık hâli devam ettiği müddetçe (4.860) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımından bulunacak tutarda, aylık bağlanacaktır* (MGKABHK md 2/1-a) . İlaveten "*İlgili mevzuatı çerçevesinde alınacak sağlık kurulu raporu ile engelli olduklarını kanıtlayan, 18 yaşını dolduran ve talebine rağmen Türkiye İş Kurumu tarafından işe yerleştirilememiş olan Türk vatandaşlarından; sosyal güvenlik kuruluşlarının herhangi birinden her ne nam altında olursa olsun bir gelir veya aylık hakkından yararlananlar ile uzun vadeli sigorta kolları açısından zorunlu olarak sigortalı olunması gereken bir işte çalışanlar veya nafaka bağlanmış ya da nafaka bağlanması mümkün olanlar hariç olmak üzere, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları tarafından muhtaç olduğuna karar verilenlere muhtaçlık hâli devam ettiği müddetçe*

2022 sayılı Kanunun 1 ve 2'nci maddelerinde yer alan, Türk vatandaşı olma şartı yine TVK'nın 28'inci maddesi kapsamındaki mavi kart hamilleri için aranmaz. Zira 65 yaşını doldurduktan sonra çıkma izni alarak Türk vatandaşlığından ayrılmış kişiler bakımından sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hak söz konusu olacağından, bu kişilerin Türk vatandaşı olma şartından muaf oldukları açıktır. Bu kişiler sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış haklarından, Türk vatandaşları gibi yararlanmaya devam edecektir (TVK md.28/2 c.son). Ancak burada TVK'da açıkça ifade edildiği gibi sosyal güvenliğe ilişkin haklar ilgili kanunlardaki şartlarla kullanılabileceğinden, mavi kart hamillerine aylık bağlanabilmesi için haktan yararlanacak kişilerin, 2022 sayılı Kanunun aradığı muhtaç, güçsüz ve kimsesiz bir kimse olma şartını sağlaması gerekir.

18 yaşını doldurmasının ardından kanunun aradığı şartlarda muhtaçlık, kimsesizlik ya da yoksulluk şartlarını taşıyan kişilerin, çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığından ayrılması durumunda, bu kişiler için de sosyal güvenliğe ilişkin hak, kazanılmış hak niteliğinde olacağından, 2022 sayılı Kanununda öngörülmüş olan, Türk vatandaşı olma şartından muaf tutulurlar. Çıkma iznini kullandığı sırada 2022 sayılı Kanunun aradığı şartlara sahip olmayan ancak çıkma iznini kullanarak Türk vatandaşlığından ayrıldıktan sonra 2022 sayılı Kanunun aradığı muhtaçlık, kimsesizlik ve yoksulluk sınırına gelen bir kişi ise yine, 2022 sayılı özel kanunda aranan Türk vatandaşı olma şartından istisna tutulur. Zira sosyal güvenliğe ilişkin hakkını kullanacak olan kişi, yukarıda yaptığımız açıklamalar doğrultusunda hakkın kullanılmasında Türk vatandaşı gibi değerlendirilmelidir. Bu sonuç, çıkmanın sonuçlarını düzenleyen TVK'nın 28'inci maddesinin amacına en uygun olandır.

C. 3201 SAYILI YURT DIŞINDA BULUNAN TÜRK VATANDAŞLARININ YURT DIŞINDA GEÇEN SÜRELERİNİN SOSYAL GÜVENLİKLERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ HAKKINDA KANUN

3201 sayılı Kanun başlığında her ne kadar Türk vatandaşı ifadesi yer almaktaysa da, Kanunun Amaç ve Kapsam başlıklı 1'inci maddesinde, "*Türk vtandaşları ile doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenlerin on sekiz yaşını doldurduktan sonra Türk vatandaşı*

(3.240) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımından bulunacak tutarda" aylık bağlanır (MGKABHK md 2/1-b).

olarak yurt dışında geçen ve belgelendirilen sigortalılık süreleri ve bu süreleri arasında veya sonunda her birinde bir yıla kadar olan işsizlik süreleri… bu Kanun hükümlerine göre sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilir." hükmüne yer verilmiştir. Hükümden de anlaşıldığı gibi, yurt dışında geçen çalışma sürelerinin sosyal güvenlik kapsamında değerlendirilebilmesi için Türk vatandaşı olma şartı aranmadığından[128], mavi kart hamillerinin de yurt dışında geçen çalışma sürelerini sosyal güvenlik hakkı bakımından değerlendirebilecekleri kabul edilir[129].

Kişilerin Türk vatandaşlığından çıkma izni alarak çıkmadan evvel, Türk vatandaşı olarak yurt dışında çalışmaları, çalışma sürelerinin borçlanılabilmesi açısından kazanılmış hak oluşturur[130]. Dolayısıyla hükümde böyle bir ifade bulunmasa dahi 3201 sayılı Kanun, TVK'nın 28'inci maddesi ile birlikte düşünüldüğünde de bu sonuca ulaşılacak idi. Ancak 3201 sayılı Kanun, hakkın kullanımını özel bir şarta bağlamıştır. Hükümde geçen "*…çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenlerin on sekiz yaşını doldurduktan sonra Türk vatandaşı olarak yurt dışında geçen ve belgelendirilen sigortalılık süreleri…*" ifadesi, TVK'nın 28'inci maddesinde var olan kazanılmış hakların saklı olup, hakkın kullanımının ilgili kanundaki hükümlere tâbi tutulmasının bir karşılığını oluşturmaktadır. Zira TVK gereğince, sosyal güvenliğe ilişkin haklar özel kanunlardaki hükümlere tâbidir. Bu noktada 3201 sayılı Kanun çıkma izni alarak Türk vatandaşlığından ayrılan kişilerin, sadece Türk vatandaşı iken yabancı ülkedeki çalışmalarının sosyal güvenlik kapsamında hüküm ifade edebileceğini

---

128 T.C. Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Sosyal Sigortalar Genel Müdürlüğü (2011) SGK Genelgesi 2011/48, <http://uye.yaklasim.com/filezone/yaklasim/tummevzuat/sgk_genelgeleri/6408591.htm.>, s.e.t. 09.11.2018, 4. Bölüm, 5. Kazanılmış haklar, fıkra 8. Ayrıca 3201 sayılı Kanunda da başvuru şartları arasında Türk vatandaşı olma şartı aranmamıştır.

129 Maddede 2014 yılında yapılan değişiklik öncesinde, mavi kart hamillerinin Türk vatandaşı olmaması sebebi ile 3201 sayılı kanundan faydalanamayacağı kabul edilmekteydi. Maddede yapılan değişiklik sonrasında, mavi kart hamillerine de yurtdışında Türk vatandaşı olarak geçen süreler için borçlanma hakkı tanınmıştır. Madde değişikliği yapılana kadar hizmet borçlanma talepleri reddedilen mavi kart hamilleri için ise 29.12.2014 tarihinden itibaren 3 ay içinde yeniden başvuru hakkı tanınmış ve borçlanma işleminin 6552 sayılı İş Kanunu İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması İle Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanunu'nun yürürlük tarihi olan 11.09.2014 tarihine göre sonuçlandırılacağı kabul edilmiştir: **Çavuş, Ö. Hakan** (2015) "Yargı Kararları ve Sosyal Güvenlik Kurumu
Uygulamaları Kapsamında Son Değişikliklerle Birlikte Yurtdışı Hizmet Borçlanması", Çalışma ve Toplum, S.4, s. 35-76, s. 41, 42.

130 Yargıtay 10. HD, 22.01.2015, E. 2014/20036, K. 2015/950; Yargıtay, HGK, 18.01.2017, E. 2016/10-218, K. 2017/3 <www. kazanci.com> s.e.t. 09.11.2018; Yargıtay HGK, 29. 03. 2017, E. 2015/21-3676, K. 2017/584, Yargıtay, 10. HD, 22.01.2015, E. 2014/21987, K. 2015/1013, <www.kazanci.com> s.e.t. 09.11.2018.

düzenlemiştir[131]. Bu sebeple, çıkma izni alan kişiler, yurt dışında çalışma sürelerinin sosyal güvenlik bakımından değerlendirilebilmesi için, kanunun aradığı bu şarta göre aylık bağlanmasını talep edebileceklerdir.

Bu konuda Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda 19.11.1955 doğumlu davacı, 01.09.2000 tarihinde izinle Türk vatandaşlığından ayrılmıştır. Davalı kurumdan, 19.11.1973 tarihinin sigortalılık başlangıç tarihî olarak tespiti, 01.03.2014 tarihinden itibaren kısmi yaşlılık aylığına hak kazandığının tespiti ve aylıkların yasal faizi ile birlikte ödenmesini talep etmiştir. Davalı Kurum, başvuruyu kişinin Türk vatandaşı olmaması gerekçesiyle reddetmiştir. Kişi bunun üzerine, yurt dışında geçen çalışma süresini, 3201 Sayılı Kanun kapsamında borçlanma hakkı olduğunun tespiti, aksi yöndeki Kurum işleminin iptali, 19.11.1973 tarihinin sigortalılık başlangıç tarihî olarak tespiti, 01.03.2014 tarihinden itibaren kısmi yaşlılık aylığına hak kazandığının tespiti ve aylıkların yasal faizi ile birlikte ödenmesi istemleriyle dava açmıştır. Yerel mahkeme "*...tekrar Türk Vatandaşlığına dönmediği sürece kesin dönüş koşulunu yerine getirmesinin ve 3201 Sayılı Kanun'un öngördüğü aylık koşullarından yararlanmasının hukuken tartışılmasının mümkün olmadığı dikkate alınarak; davacının aylık bağlanmasına yönelik isteminin reddine*" karar vermiştir. Yargıtay 21. HD ve HGK ise, davaya ilişkin yaptıkları incelemede, aylık bağlanması ve devamı için TVK'nın 28'inci maddesi gereğince Türk vatandaşı olma şartının aranmayacağı, zira bu kişilerin çıkma hakkını kullanmalarının ardından istisnalar dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam etmeleri sebebiyle, Türk vatandaşı olmayan kişilerin aylık almalarına engel bir durum olmadığına karar verilmiştir[132]. Dolayısıyla 3201 sayılı Kanun aradığı

---

[131] **Çavuş**, s. 42. Yargıtay 21. HD, 19.01.2015, E. 2014/22665, K. 2015/441, Yargıtay, 21. HD. 13.06.2016, E. 2016/8400, K.2016/9708; Yargıtay 10. HD, 06.05.2011, E. 2009/ 869, K.2010/6691 <www. kazanci.com> s.e.t. 17.03.2019.

[132] Kararda ayrıca 3201 sayılı Kanunun 6'ncı maddesinde yer alan, değerlendirilen sürelere istinaden aylık tahsisi yapılabilmesi için yurda kesin dönülmüş olma ifadesinden ne anlaşılması gerektiği tartışılmıştır. İlk derece mahkemesince kesin dönüş kavramı, salt çalışma veya yardım alma durumuyla değerlendirilemeyip davacının yurda kesin dönüş konusunda irade beyanını da barındıran, yerleşim yerinin sürekli kalma niyetiyle oturmak olduğu dikkate alınarak, davacının bu yönde bir iradesinin aranmasını gerektiren bir kavramdır. Ancak özel daire ve HGK ise kesin dönüş kavramını, yurt dışı çalışma ilişkisinin ve bu bağlamda sosyal güvenlik kurumlarıyla sigortalı ilişkinin sona ermesi olarak yorumlamıştır: Yargıtay HGK, 29.03.2017, E. 2015/21-3676, K. 2017/584; Yargıtay 21. HD. 19.01.2015, E.2014/23686, K.2015/428; Yargıtay 21. HD, 16.04.2015, E. 2015/7063, K. 2015/8214. Aynı yönde bkz: Yargıtay 10. HD, 28.05.2015, E. 2015/7887, K. 2015/10300 <www. kazanci.com> s.e.t. 17.03.2019.

şartları sağlayan hak taleplerinde, mavi kart hamillerinin sosyal güvenliğe ilişkin haklarının kullanılmasında, Türk vatandaşları ile aynı statüde olduğu açıkça kabul edilmiştir.

V. MİLLİ GÜVENLİK VE KAMU DÜZENİNE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN MAVİ KART HAMİLLERİNİN SOSYAL GÜVENLİK HAKKINA ETKİSİ

Doğumla Türk vatandaşlığına sahip olup çıkma hakkını kullanan kişilerin, hükümde yer alan istisnalar dışındaki haklardan Türk vatandaşları gibi yararlanmaya devam edecekleri düzenlenmiştir. (TVK md.28/1). Ancak hakların kullanımında, millî güvenlik ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı tutulmuştur (TVK md.28/ 1 c.son).

Kamu düzeni kavramı zamana ve yere göre değişebilmektedir[133]. Toplumun iç ve dış tehditlerden uzak yaşaması kadar, bireylerin toplum içinde güvenle yaşamasına da ihtiyaç vardır[134]. İşte soyut bir kavram olmasına rağmen, toplumun huzur ve sükûnunu sağlayan, devlet ve devlet teşkilatını korumayı amaçlayan her şey, kamu düzenini oluşturmaktadır. Bir diğer ifade ile kamu düzeni, toplumun her alanındaki düzeni oluşturmaktadır[135]. Bu noktada bireylerin hırsızlık, silahlı saldırı, darp gibi insan eliyle oluşan tehditlerin yanı sıra, doğal afet, salgın hastalık gibi konularda da huzur ve güven içerisinde yaşamaya ihtiyacı vardır. Bu durum idareye, kamu düzenini etkileyecek konularda bireylerin haklarının kullanımını kısıtlama yetkisi verir[136].

Kamu düzenin soyut bir kavram olmasına bağlı olarak, özel ve kamu hukuku kuralları içerisinde yer alan kurallardan hangilerinin kamu düzenini ilgilendirdiğinin tespiti zordur[137]. Ancak kamu düzenine ilişkin kuralların, toplumun menfaatleri ile temel yapısını koruyan kurallar olduğu kabul edilir[138]. Bu açıdan, kişisel hak ve özgürlüklere aykırılık, Anayasanın temel ilkelerine, örf ve

---

133 **Doğan** (2017), s. 218.

134 **Çağlayan, Ramazan** (2018), İdare Hukuku Dersleri, 6. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 266.

135 Anayasa Mahkemesi, E. 1976/27, K. 1976/51, 18 ve 22/11/1976, R.G. 16.5.1977, S.15939.

136 **Çağlayan**, s. 266.

137 **Aygül**, s. 42.

138 **Ercoşkun Şenol, H. Kübra** (2016) "Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Siniri: TBK M. 27" İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:74, S:2, s. 709-737, s. 729.

adete aykırılık gibi hususlar, kamu düzenine aykırılık oluşturur[139]. Kamu düzeni, toplumun ve onu oluşturan bireylerin can ve mal güvenliğini ve onurlarını her türlü kaza ve tehlikeden koruyan güvenlik unsuru, toplumun günlük yaşantısını engelleyecek her türlü, kargaşa, ses ve kirliliğin önüne geçilmesini sağlayan kamu huzuru, toplumun bulaşıcı ve salgın hastalıklardan korunması ve sağlıklı bir ortamda yaşaması anlamına gelen genel sağlık ve genel ahlâk[140] unsurlarından oluşur[141]. Modern anlayışa göre insan onuru da kamu düzeninin bir unsurunu oluşturmaktadır[142]. Dolayısıyla bu unsurlara aykırılık da kamu düzenine aykırılık oluşturur.

Millî güvenlik kavramı, gerek dış gerekse iç güvenlik açısından ve kültür, sanat, ticaret, ekonomi ve askeri alanlar gibi pek çok alanda mevcut durumda ve gelecekte güvence içinde olmayı ifade eden çerçeve bir kavramdır[143]. Kavramın siyasî ve hukukî boyutları söz konusudur. Kavramın siyasî niteliği, kanunlarda tanımlanmamış olmasına ve ülkelerin değişen siyasî yapılarına bağlı olarak ülkeden ülkeye değişkenlik göstermesindendir. Millî güvenliğin hukukî yönünü ise, kanunlarda yer alması oluşturur[144]. II. Dünya savaşından sonra gelişen teknoloji, askerî alandaki gelişmeler ve silah teknolojisinin gelişimi, savaş ve savunma sorunlarının yeni düzenlemelerle ele alınması zorunluluğunu getirmiştir. Bu zorunluluğa bağlı olarak, özgürlükler, millî güvenlik gerekçesi ile kanunlar ve Anayasa yolu ile kısıtlanmıştır[145]. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında da, bazı hakların kullanılmasının, millî güvenlik gerekçesi ile sınırlandırılabileceği kabul edilmiştir. Anayasanın düşünce açıklama ve yayma hürriyeti (AY md.26), haberleşme hürriyeti (AY md.22), dernek kurma hakkı (AY md.33), toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı (AY md.34), sendika

---

139 **Şanlı, Cemal / Esen, Emre / Ataman-Figanmeşe, İnci** (2018) Milletlerarası Özel Hukuk, 6. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 73.

140 Bireysel ahlâk kural olarak kamu düzeninin dışında kalmakla birlikte, bireysel ahlâkın dışa yansımasının toplumsal düzeni bozacağı noktada ahlâk kamu düzeninin bir parçasını oluşturmaktadır: **Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya**, s. 567; **Çağlayan**, s. 270.

141 **Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya**, s. 564 vd.; **Çağlayan**, s. 268 vd.

142 **Gözler, Kemal / Kaplan, Gürsel** (2018) İdare Hukuku Dersleri, 20. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, s. 526.

143 **Çaycı, Sadi** (2016) "Türkiye'nin Milli Güvenliği", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 65, S:4, s.3327-3344, s. 3328.

144 **Aybay, Rona** (1978) "Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C:33, S:1, s. 59-82, s. 60.

145 **Aybay** (2004), s. 61.

kurma hakkı (AY md.51) başlıklı maddelerinde, hakların millî güvenliğe bağlı sınırlandırılabileceği kabul edilmiştir.

Anayasanın dışında, kanunlarda da millî güvenliğe bağlı olarak kısıtlayıcı hükümlere yer verilmiştir. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunda (STİSK)[146], başlamış olan kanunî bir grev ya da lokavtın millî güvenlik sebebi ile ertelenebileceği belirtilmiştir (STİSK md.63). TVK'da millî güvenlik ve kamu düzenine aykırı olmama, Türk vatandaşlığının kazanılması hallerinde (TVK md.11, 12, 13, 14, 16) vatandaşlığın kazanılmasını engelleyecek bir hal olarak düzenlenmiştir. Milli güvenlik gerekçesi, TVK'nın 28'inci maddesinde ise, mavi kart hamillerinin sahip oldukları haklarını, Türk vatandaşı gibi kullanmalarının önüne geçen, engelleyici bir hal olarak düzenlenmiştir.

TVK hükmü gereğince, mavi kart hamillerine tanınan hakların kullanılması, millî güvenlik ve kamu düzenine aykırılık teşkil ediyorsa, bu hakların kullanılması sınırlandırılabilecektir (TVK md 28/1). Ancak hakların kamu düzeni ve millî güvenlik sebebiyle sınırlandırılması istisnaî nitelikte olduğundan dar yorumlanmalıdır[147]. Üstelik buradaki değerlendirme, genel olarak yapılmamalıdır. Bu kapsamda kamu düzenine ve millî güvenliğe aykırılık, somut olay bazında dikkate alınmalıdır. Örneğin, Türkiye'ye giriş ve ülkede seyahat etme, çalışma hakkı, taşınmaz satın alma gibi haklar kamu düzeni ve millî güvenlikle yakından alakalı olabilecek hususlardır. Bu hakların kullanılmasının doğrudan kanundaki millî güvenlik ya da kamu düzenine dayanılarak kısıtlanması, hakların, Türk vatandaşları gibi kullanılmasına engel olup, buna bağlı olarak kanunun amacına aykırılık oluşturabilir. Bu sebeple her somut olay bakımından ayrı ayrı incelemeler yapılarak, hakkın kullanılmasının kamu düzenine ya da millî güvenliğe aykırılık teşkil edip etmediği araştırılmalıdır[148].

Doktrinde hak kullanımının millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından sınırlandırılması, hakların kullanımını zorlaştırması açısından eleştirilmektedir. Zira millî güvenlik ve kamu düzeni kavramlarının içeriğinin muğlak olması, bu kavramların hakkın kullanılmasını engelleyip engellemeyeceğinin önceden tespit edilememesi ve mavi kart hamillerinin ülkeye giriş, ülkede ikamet

146 R.G.07.11.2012, S. 28460.
147 **Aygül**, s. 43.
148 **Aygül**, s. 44.

ya da seyahat etme veya çalışma gibi haklarının doğrudan millî güvenlik ve kamu düzenini ilgilendirebilecek olması sebebiyle eleştirilmekte ve mavi kart hamillerine tanınan bu hakların kullanımı önünde bir engel oluşturabileceği kabul edilmektedir[149].

Kanaatimizce, mavi kart hamillerinin sosyal güvenlik hakkından yararlanabilmelerinin kamu düzeni veya millî güvenlik sebebi ile kısıtlanabilmesi oldukça güçtür. Aksine sosyal güvenlik hakkı, Anayasada da açıkça belirtildiği gibi yabancı-Türk ayrımı yapılmaksızın toplumdaki herkesin muhtaçlık seviyesine düşmesini engelleyebilmek amacıyla oluşturulmuş kurallardır. Bu sebeple, eş dost ve yakınların insanî bir yaşama erişmesini sağlayacak nitelikteki sosyal güvenlik hakkının millî güvenlik ya da kamu düzenine aykırılık oluşturduğunun kabulü oldukça güçtür. Kamu düzeninin modern yaklaşımına göre de, kamu düzeninin unsurlarından olan insan onurunu sağlamaya çalışan sosyal güvenlik hakkının, kamu düzenini ihlal edebilmesi oldukça güç olacaktır. Bu sebeple, mavi kart hamillerinin sosyal güvenlik hakkını kullanmasının, millî güvenlik ve kamu düzenine aykırılık oluşturması çok istisnaî bir durum olabilecektir.

SONUÇ

Mavi kart hamilleri, Türkiye Cumhuriyeti Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olmadıklarından yabancı statüsünde yer alır. Ancak bu kişiler ve üçüncü dereceye kadar altsoylarının statüleri, TVK'nın 28'inci maddesinde özel olarak düzenlendiğinden, Kanunda sayılan istisnalar dışındaki haklardan aynen Türk vatandaşları gibi yararlanacaklardır.

Sosyal güvenlik hakkı, bireylerin insanca yaşamalarını sağlayacak nitelikte haklar olduğundan, bu hakkın kapsamına sadece sosyal güvenlik hakkı değil, sosyal yardım ve sosyal hizmetler de girer. İnsan onuruna yakışır bir şekilde yaşamayı sağlayan ve gelir kesilmesi durumunda kişilere destekte bulunan bu hakkın, millî güvenlik ve kamu düzenine aykırılık sebebi ile mavi kart hamillerinin sosyal güvenlik hakkının, Türk vatandaşları gibi kullanılmasına engel olabilecek bir durumu gerçekleştirmesi, çok güçtür.

[149] **Turhan**, s. 58.

TVK'da mavi kart hamillerinin sosyal güvenlik hakkı, "*Bu kişilerin sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı olup bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tâbidirler.*" ifadesi ile düzenlenmiştir. Hükme göre, çıkma izni alarak Türk vatandaşlığından ayrılan kişiler ve onların üçüncü dereceye kadar altsoyları sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış haklarını aynen Türk vatandaşları gibi kullanmaya devam edebilecektir.

Sosyal güvenlik hakkı, istisnalar dar yorumlanır kuralı gereğince, mavi kart hamilleri tarafından kullanılabilecek haklar kapsamındadır. TVK'nın 28'inci maddesinde sosyal güvenlik hakkı, mavi kart hamillerince kullanılamayacak istisnalar arasında yer almadığından, bu hakkın mavi kartlılarca da aynen Türk vatandaşları gibi kullanılmaya devam edilebilecek haklar kapsamında olduğu açıktır. Bu kapsamda mavi kart hamilleri; seyahat, ikâmet, mülkiyet hakları gibi sosyal güvenliğe ilişkin haklarını da Türk vatandaşları gibi kullanacaklardır. Bu yorum, TVK'nın 28'inci maddesinin amacı bakımından en doğru yaklaşım olur.

Hükümde yer alan "*Bu kişilerin sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı olup bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tabidirler*" ifadesi ise mavi kart hamillerinin kullanabilecekleri sosyal güvenlik hakkının, yalnızca kazanılmış haklardan ibaret olduğunu göstermek amacıyla düzenlenmemiştir. Aksine mavi kart hamillerinin sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış haklarının korunacağını ayrıca vurgulayabilmek ve mavi kart hamillerini koruyabilmek amacıyla düzenlenmiş bir ifadedir. Aksi yorum, ifadenin konuluş amacı ile kuralın geniş istisnaların ise dar yorumlanacağı ilkesine aykırı olacağı gibi, TVK'nın 28'inci maddesinde yer alan istisnalar dışındaki hakların aynen Türk vatandaşları gibi kullanılmaya devam edeceği ifadesine de aykırıdır. İlave olarak aksine yorum, mavi kart hamillerini koruyabilmek amacıyla getirilen bu ifadenin, mavi kart hamillerinin aleyhine bir durum yaratarak, sosyal güvenliğe ilişkin kullanabilecekleri hakların kapsamını kazanılmış haklarla sınırlandırmak sonucunu doğurur.

Son olarak, TVK uyarınca mavi kart hamillerinin sosyal güvenliğe ilişkin haklarını kullanabilmeleri, sosyal güvenliğe ilişkin ilgili kanunlardaki hükümlere tâbi tutulmuştur. Buna göre, iç hukukta sosyal güvenlik hakkına ilişkin düzenlemeyi yapan mevzuatta yer alan şartların sağlanması durumunda mavi kart

hamilleri, sosyal güvenlik hakkını kullanabilir. Ancak bu kanunlarda yer alan ve çıkma izni kullanan kişiler için aranamayacak, bir diğer ifade ile bu kişilerin muaf oldukları tek şart, hakkın kullanılmasında aranan "Türk vatandaşı" olma şartıdır. Zira bu kişiler imtiyazlı yabancı statüsünde olduğundan, TVK'da sayılan istisnalar dışında tüm haklardan aynen Türk vatandaşı gibi yararlanmaya devam ederler. Dolayısıyla mavi kart hamili kişiler, sosyal güvenliğe ilişkin özel kanunlarda aranan Türk vatandaşı olma şartından muaf olarak, bu özel kanunlarda aranan diğer şartları sağlamaları halinde sosyal güvenlik hakkını aynen Türk vatandaşları gibi kullanmaya devam edeceklerdir.

KAYNAKÇA

Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil (2018) Türk İdare Hukuku, 9. Baskı, Ankara, Savaş.

Alper, Yusuf (2010) "Sosyal Güvenlik ve Turan Yazgan" Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, C:0, S:49, s. 98-124.

Alper, Yusuf (2018) Türk Sosyal Güvenlik Sistemi Sosyal Sigortalar Hukuku, 9.Baskı, Bursa, Dora.

Altıntaş, Cenkhan (2015) "Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) ve Uluslararası Güvenlik Teşkilatı (ISSA) Tarafından Yayınlanan Uluslararası Belgelerde Sosyal Güvenliğin Kapsamı ve Türkiye Açısından Değerlendirilmesi" Sosyal Güvence Dergisi, C:3, S: 7, s. 35-57.

Arıcı, Kadir (2015) Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi.

Atay, Ender Ethem (2016) İdare Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.

Aybay, Rona (1978) "Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C:33, S:1, s. 59-82.

Aybay, Rona (2004) Vatandaşlık Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

Aybay, Rona / Özbek, Nimet (2015) Vatandaşlık Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

Aygül, Musa (2010) "Türk Vatandaşlığını Çıkma İzni Alarak Kaybeden Kişilerin Kamu Görevine Girme Yasağı" Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:14, S:1, s. 31-60.

Ayman Güler, Birgül (2006) "Sosyal Devlet ve Yerelleşme" Memleket Siyaset Yönetim, C:1, S:2, s. 1-13.

Bostancı, Yalçın (2007) Sosyal Güvenlik Hukukunda Genel Sağlık Sigortası, (Doktora), T.C. Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Çağlayan, Ramazan (2018) İdare Hukuku Dersleri, 6. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

Çaycı, Sadi (2016) "Türkiye'nin Milli Güvenliği", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 65, S:4, s.3327-3344.

Çavuş, Ö. Hakan (2015) "Yargı Kararları ve Sosyal Güvenlik Kurumu Uygulamaları Kapsamında Son Değişikliklerle Birlikte Yurtdışı Hizmet Borçlanması", Çalışma ve Toplum, S.4, s. 35-76.

Çelikel, Aysel/ (Öztekin) Gelgel, Günseli (2017) Yabancılar Hukuku, 23. Baskı, İstanbul, Beta.

Çolak, Mahmut (2016) Mahalli İdareler, Üniversiteler ve Tüm Kamu İdareleri İçin Gerekçeli, Açıklamalı ve İçtihatlı 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, Ankara Mevzuat Yayıncılık, Ankara.

Dilik, Sait (1980) "Sosyal Güvenlik Ve Sosyal Hizmetler Arasındaki İlişkiler" Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C:35, S:1, s. 73-84.

Dilik, Sait (1988) "Sosyal Güvenliğin Tarihsel Gelişimi" Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C:43, S:1, s. 41- 80.

Doğan, Vahit (2005) Türk Vatandaşlık Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Seçkin.

Doğan, Vahit (2017) Türk Yabancılar Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Savaş.

Doğan Vahit / Odabaşı, Hasan (2004) Yargı Kararları Işığında Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku", 1. Baskı, Ankara, Seçkin.

Edis, Seyfullah (1989) Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Ekşi, Nuray (2018) Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Beta.

Ercoşkun Şenol, H. Kübra (2016) "Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Siniri: TBK M. 27" İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:74, S:2, s. 709-737.

Gökçeoğlu, Şebnem "İnsan Hakları Perspektifinden Sosyal Güvenlik Hakkının Anlamı ve Kapsamı", İİBF PAÜ VII. Sosyal İnsan Hakları Uluslararası Sempozyumu, 10-11 Aralık 2015, Denizli.

Gözler, Kemal "Yorum İlkeleri" Ergül, Ozan (Editör) Kamu Hukukçuları Platformu Toplantısı, 29-30 Eylül 2012, Ankara.

Gözler, Kemal / Kaplan, Gürsel (2018) İdare Hukuku Dersleri, 20. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi.

Güngör, Gülin (2018) Tâbiiyet Hukuku Gerçek Kişiler- Tüzel Kişiler-Şeyler, 6. Baskı, Ankara, Yetkin.

Gürcan, Ertuğrul Cenk (2011) "1791 ve 1793 Fransız Anayasaları'na İlişkin Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme" Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C:13, S:3, s. 183-214.

Güriz, Adnan (Editör) (2013) Adalet Kavramı, 3. Baskı, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu.

Güvercin, Cemal Hüseyin (2004) "Sosyal Güvenlik Kavramı ve Türkiye'de Sosyal Güvenliğin Tarihçesi" Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Mecmuası, C:57, S:2, s. 89-95.

Güzel, Ali / Okur, Ali Rıza / Caniklioğlu, Nurşen (2016) Sosyal Güvenlik Hukuku, 16. Baskı, İstanbul, Beta.

Korkusuz, Refik / Uğur, Suat (2015) Sosyal Güvenlik Hukuku, 4. Baskı, Bursa, Ekin Kitabevi.

Küçük, Adnan (2015) Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Orion Yayınevi.

Negiz, Nilüfer (2011) "Sosyal Yardim ve Sosyal Hizmet Faaliyetleri Açısından Isparta Belediyesi: Farkındalık, Yararlanma ve Değerlendirme Açısından Bir Araştırma" Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C:16, S:2, s. 323-341.

Özbudun, Ergun (2016) Türk Anayasa Hukuku, 16. Baskı, Ankara, Yetkin.

Saraç, Coşkun (2012) "İşsizlik Sigortası Edim Koşulları", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:13, S:1, 2011, s. 1-26

Şanlı, Cemal / Esen, Emre/ Ataman-Figanmeşe, İnci (2018) Milletlerarası Özel Hukuk, 6.Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Şenocak, Hasan (2009) "Sosyal Güvenlik Sistemini Oluşturan Bileşenlerin Tarihî Süreç Işığında Değerlendirilmesi" Sosyal ve Siyaset Konferansları Dergisi, S: 56, s. 409-468.

Tanör, Bülent / Yüzbaşıoğlu, Necmi (2014) 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 13. Baskı, İstanbul, Beta.

Tanrıver, Süha (1993) Konkordato Komiseri, 1. Baskı, Ankara, Yetkin,

Topgül, Seda (2012) "Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda Kadının Durumu", Celal Bayar Üniversitesi İ.İ.B.F., C:19, S:2, s. 301-319.

Tuncay, A. Can / Ekmekçi, Ömer (2017) Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 19.Baskı, İstanbul, Beta.

Tunçomağ, Kenan (1981) "1980 Yılı Başında Türkiye'nin Sosyal Güvenlik Durumu" İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:45, S:1-4, s. 709-744.

Turhan, Turgut (1997) "Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları, (TVK m. 29 Üzerine Bir İnceleme)" Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:46, S:1, s. 41 – 65.

Uğur, Suat (2011) "Türkiye'de İşsizlik Sigortasinin Gelişimi", Yönetim Bilimleri Dergisi, C:9, S:2, s. 99-114.

Uşan, Fatih (2009) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Baskı, Ankara, Seçkin.

Declaration of the Rights of Man and Citizen from the Constitution of Year I (1793), <http://www.columbia.edu/~iw6/docs/dec1793.html>, s.e.t. 12.02.2018.

Sosyal Güvenlik Kurumu Sosyal Güvenlik Sözleşmeleri

<https://www.aybu.edu.tr/hukuk/ybhd/contents/files/yaz%C4%B1m%20kurallar%C4%B1%202(trk).pdf> s.e.t. 29.01.2019> s.e.t. 29.01.2019.

T.C. Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Sosyal Sigortalar Genel Müdürlüğü (2011) SGK Genelgesi 2011/48, <http://uye.yaklasim.com/filezone/yaklasim/tummevzuat/sgk_genelgeleri/6408591.htm.>, s.e.t. 09.11.2018.

Türkiye Büyük Millet Meclisi (2004) Türk Vatandaşlığı Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı ve İçişleri Komisyonu Raporu, (1/815), <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss579m.htm>, s.e.t. 09.11.2018.

Türkiye Büyük Millet Meclisi (2006) Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum ile İçişleri Komisyonları Raporları, (1/1192), <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1232m.htm.>, s.e.t. 09.11.2018.

Türkiye Büyük Millet Meclisi (2011) Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve İçişleri Komisyonu ile Anayasa Komisyonu Raporları, (1/564), <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss201.pdf>, s.e.t. 09.11.2018.

Uluslararası Çalışma Örgütü (1952), 102 No'lu Sosyal Güvenlik (Asgari Standartlar) Sözleşmesi, <http://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377270/lang--tr/index.htm> s.e.t 09.11.2018.

www.kazanci.com

TÜRKİYE'DE MÜLTECİLERİN ÇALIŞMA VE SOSYAL GÜVENLİK HAKLARI

Arş. Gör. Hatice Hilal TİRİTOĞLU ERSOY*

ÖZET

Mülteciler, belirli sebeplerle (ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri) zulme maruz kalacaklarından korkan ve bu korkularında haklı olan bundan dolayı da ülkelerinde bulunmaları mümkün olmayan kimselerdir. Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin 1951 Cenevre Sözleşmesi ve Sözleşme'ye ek 1967 New York Protokolü mültecilere ilişkin temel düzenlemelerdir.

Uluslararası sözleşmeler ve Anayasamızda koruma altına alındığı üzere, vatandaş - yabancı ayrımı yapılmaksızın herkes temel insan hakları arasında yer alan çalışma ve sosyal güvenlik haklarına sahiptir. Ancak, yabancıların hak ve özgürlükleri konusunda, neredeyse her devletin kendine has kısıtlamalar yaptığı gözlemlenmektedir. Anayasamız uyarınca, temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir. Yabancıların Türkiye'de çalışabilmeleri, usulüne uygun olarak ülkeye giriş yapmaları koşuluyla, kural olarak izne bağlı tutulmaktadır.

Mültecilerin çalışma hakları esas itibariyle 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin 17-19. maddelerinde düzenlenmektedir. Anılan Sözleşme'nin 24. maddesinde ise, mültecilerin sosyal güvenlik haklarına ilişkin düzenlemelere yer verilmektedir. Mültecilerin çalışma ve sosyal güvenlik haklarına ilişkin olarak, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ve Uluslararası İş Gücü Kanunu'ndaki hükümler birlikte uygulanmaktadır.

Çalışmamızda, mülteci kavramı ayrıntılı olarak ele alınmaktadır. Mülteciler hakkında bilgi verilirken sıklıkla karıştırılmaları dolayısıyla uluslararası koruma kapsamındaki diğer yabancılara ve geçici koruma statüsü sahiplerine değinilmektedir. Ardından başvuru sahibi kimseler ile mültecilerin çalışma ve sosyal güvenlik hakları üzerinde durulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Yabancı, Mülteci, Uluslararası Koruma, Çalışma Hakkı, Sosyal Güvenlik Hakkı

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, , hilaltiritoglu@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-3429-9210
(Geliş Tarihi: 02.05.2019 – Kabul Tarihi: 19.06.2019).

RIGHTS TO WORK AND SOCIAL SECURITY OF REFUGEES IN TURKEY

ABSTRACT

Refugees are those people who are afraid of being subject to oppression due to certain reasons (race, religion, nationality, belonging to a particular social group or political opinions) and are right about this fear and therefore, not able to stay in their own countries. The basic regulations about refugees are 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its appendix 1967 New York Protocol.

As protected by international conventions and Turkish Constitution; rights to work and social security are recognized as fundamental human rights exist for everyone irrespective of whether they are citizens or foreigners. However it is observed that almost each state has its own restrictions regarding the rights and freedoms of foreigners. According to the Turkish Constitution, the fundamental rights and freedoms with respect to foreigners may be restricted by law in compliance with international law. The work of foreigners in Turkey is, as a rule, subject to obtaining permit on the condition that they enter the country properly.

Rights to work of refugees are fundamentally regulated by Articles 17-19 of the Geneva Convention 1951. Article 24 of the said Convention contains provisions regarding the social security rights of refugees. In relation with the rights to work and social security of refugees, the provisions in the Law on Foreigners and International Protection and the Law on International Labor Force will be jointly implemented.

In our study, the term refugee is examined comprehensively. Also, other foreigners who are under international protection as well as those holding temporary protection are dealt with, while information is provided about refugees. Subsequently, rights to work and social security of applicants and refugees are analyzed.

Keywords: Foreigners, Refugee, International Protection, Right to Work, Right to Social Sec

GİRİŞ

Devletlerin amaçlarından birisi de esasen, vatandaşlarının refahını, huzurunu sağlayabilmek ve onlara daha iyi hayat standartları sunabilmektir. Ancak küreselleşen dünya, gelişen ve yaygınlaşan uluslararası hukuk kuralları devletlere kendi vatandaşlarını gözettikleri gibi ülkelerinde bulunan yabancıları da gözetme yükümlülüğü getirmektedir. Çünkü esas anlamda korunması gereken insan ve insan haklarıdır[1]. Yabancı terimi, genel olarak bulunduğu ülkeye vatandaşlık bağı ile bağlı olmayan kişiyi ifade etmektedir. Yabancı terimini geniş yorumlamak yerinde olur. Böylece, yabancı devlet vatandaşı olanların yanı sıra vatansızlar, göçmenler, uluslararası koruma talep eden veya uluslararası koruma statüsü alan diğer yabancılar, NATO mensupları, uluslararası kuruluşlarda çalışanlar ve diplomatik temsilciliklerde olduğu gibi özel statüdeki yabancılar da bu kapsamda yer almaktadırlar[2].

Türk Hukukunda sığınma talebinde bulunan yabancılara mülteci, şartlı mülteci, ikincil koruma ve geçici koruma gibi farklı statüler verilmektedir. 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu[3] (YUKK) uyarınca uluslararası koruma üç gruba sağlanmaktadır. Uluslararası koruma sağlanan yabancılar, "*mülteci*", "*şartlı mülteci*" ve "*ikincil koruma*" statüsü sahipleridir. Bunlara ek olarak uluslararası koruma şemsiyesi altında yer almayan ve yalnızca kitlesel sığınma durumlarında söz konusu olan bir başka sığınma türü de "*geçici koruma*"dır.

Mülteciler, belirli sebeplerle (ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri) zulme maruz kalacaklarından korkan ve bu korkularında haklı olan bundan dolayı da ülkelerinde bulunmaları mümkün olmayan kimselerdir. Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin 1951 Cenevre Sözleşmesi[4] ve Sözleşme'ye ek 1967 New York Protokolü[5] mültecilere ilişkin temel

---

1 **Hathaway, James C**. (1997) 'The Meaning of Peratrition', International Journal of Refugee Law, C:9, s.558.

2 **Ekşi, Nuray** (2018) Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, KHK-703 ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine Göre Hazırlanmış, 5. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, s.38-39; **Çelikel, Aysel/Öztekin Gelgel, Günseli** (2017) Yabancılar Hukuku, Yenilenmiş 23. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, s.16.

3 11.04.2013 t. ve 28615 S.lı RG.

4 29.08.1961 t. ve 359 sayılı "*Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme'nin Onaylanması Hakkında Kanun*", 05.09.1961 t. ve 10898 S.lı RG.; <http://www.unhcr.org/protection/basic/3b66c2aa10/convention-protocol-relating-status-refugees.html>; <http://www.goc.gov.tr/icerik6/multecilerin-hukuki-durumuna-iliskin-sozlesme_340_341_641_icerik> s.e.t. 07.09.2018.

5 6/10260 sayılı "*Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair 1967 tarihli Protokol'ün Onaylanmasına İlişkin Bakanlar Kurulu Kararı*", 05.08.1968 t. ve 12968 S.lı RG.;

düzenlemeler niteliğini taşımaktadırlar[6]. Türkiye, belirtilen düzenlemeleri onaylarken coğrafi sınırlamayı (Avrupa'da cereyan eden hadiseler) ve 1951 Cenevre Sözleşmesi ile mültecilere tanınan hakların Türk vatandaşlarına sağlanan haklardan daha fazla olamayacağına ilişkin beyanlarını saklı tutmuştur.

Devletlerinin korumasından faydalanamamaları ve Türkiye'nin 1951 Cenevre Sözleşmesi ile 1967 New York Protokolüne taraf olması mültecilerin durumlarına hassasiyetle yaklaşılması lüzumunu doğurmuştur[7].

Çalışma ve sosyal güvenlik hakları, temel insan hakkı olarak kabul edilmekte ve temel hak ve hürriyetler arasında yerini almaktadırlar. Uluslararası sözleşmeler ve Anayasamızda, çalışma hakkı vatandaş - yabancı ayrımı yapılmaksızın herkes için güvence altına alınmıştır. Kişinin yaşamını layıkıyla sürdürmesi ve kendi kendine yetebilmesi için çalışması muhakkak gereklidir. Çalışma hakkı olmaksızın diğer hakların kullanılması bir anlam ifade etmez. Bu bağlamda, mültecilerin çalışma ve sosyal güvenlik hakları üzerinde titizlikle durulması gerekmektedir.

Çalışmamızda uluslararası koruma kapsamında bulunan yabancılardan mülteciler ayrıntılı olarak incelenmiştir. Ancak, mülteciler hakkında bilgi verilirken yakın ilişkisi ve sıklıkla karıştırılmaları dolayısıyla uluslararası koruma kapsamındaki diğer yabancılara ve geçici koruma statüsü sahiplerine de değinilmiştir. Sonrasında genel olarak çalışma ve sosyal güvenlik hakları, Türkiye'de çalışma ve sosyal güvenlik haklarına ilişkin temel mevzuat ve başvuru sahibi kimseler ile mültecilerin çalışma ve sosyal güvenlik hakları üzerinde durulmuştur. Bu bağlamda, konuya ilişkin uluslararası ve ulusal kaynaklar irdelenmiştir.

<https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/protocolrefugees.pdf>;<http://www.goc.gov.tr/icerik3/multecilerin-hukuki-statusune-iliskin-1967-protokolu_340_343_650> s.e.t. 07. 09.2018.

6 **Glynn**, **Irial** (2012) 'The Genesis and Development of Article 1 of the 1951 Refugee Convention', Journal of Refugee Studies, C:25, s.135; **Öztürk, Neva Övünç** (2012) 'Uluslararası Hukuktaki Mülteci Tanımının Mülteci Kavramı ve Tanımın Oluşum Süreci Açısından Değerlendirilmesi', Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan, Ankara, Yetkin Yayınları, s.920.

7 **Brumar, Catrinel** (2009) 'Definition of Refugee in International Law: Challenges of the Present Times', Lex ET Scienta Juridical Series, C:1, s.251, <www.heinonline.com>, s.e.t. 18.11.2018.

I. YABANCI KAVRAMI

A. GENEL OLARAK YABANCI

Yabancının sözlük anlamı, "*başka bir milletten olan, başka bir devlet uyruğunda olan kimse*" şeklinde belirtilmektedir[8]. Karşılaştırmalı hukukta, yabancı kavramının tanımında vatandaşlık unsurunun temel alındığı görülmektedir. Türk hukukunda da, Türk Vatandaşlığı Kanunu[9] (TVK) m.3/1- d ve YUKK m.3/1- ü uyarınca yabancı, "*Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişi*" olarak tanımlanmıştır. Bu doğrultuda, birden fazla devletin vatandaşı olmasına rağmen Türk vatandaşlığı bulunmayan bireyler de, yabancı kapsamındadır[10].

Yabancı kavramı, yalnızca yabancı devlet vatandaşı olan kimseleri ifade eden bir kavram olarak anlaşılmamalı ve geniş yorumlanmalıdır[11]. Kavramın kapsamına, yabancı devlet vatandaşı olan kimselerin yanı sıra vatansızlar, göçmenler, uluslararası koruma talep eden ve uluslararası koruma statüsü alan diğer yabancılar, NATO mensupları, uluslararası kuruluşlarda çalışanlar ve diplomatik temsilciliklerde olduğu gibi özel statüdeki yabancılar da girmektedir.

Çalışmamızın kapsamına binaen yabancı kavramı altında yukarıda değindiğimiz uluslararası koruma ve geçici koruma kavramları hakkında bilgi vermek yerinde olur.

B. ULUSLARARASI KORUMA KAVRAMI

1. Genel Olarak

Uluslararası koruma kavramı, kişinin vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu devletin korumasından faydalanmasının mümkün olmadığı durumlarda gündeme gelmektedir[12]. Kişinin vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu ya da yaşadığı ülkede belirli gerekçelerle zulme uğrama tehlikesine karşılık kendi devletinin korumasından yararlanamaması ya da yararlanamayacağını düşünmesi, bunun neticesinde başka bir devletin koruması altına girmek istemesi durumu, genel

---

8 TDK Büyük Sözlük bkz. <http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&view =bts> s.e.t. 02.09.2018.

9 12.06.2009 t. ve 27256 S.lı RG.

10 Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (MÖHUK) m.4/1-b uyarınca, "*Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında, bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları halinde Türk hukuku uygulanır.*"

11 **Ekşi,** s.38-39; **Çelikel/Öztekin Gelgel,** s.16; **Tuncay, A. Can** (2017) 'Yeni Mevzuat Açısından Yabancıların Çalışma Hakkı', İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C:14, S:53, Legal Yayınları, s.86.

12 **UN High Commissioner For Refugees**, UNHCR Master Glossary of Terms, June 2006, Rev.1, Cenevre, 2006, s.13, <http://www.refworld.org/docid/42ce7d444.html> s.e.t. 17.10.2018; **Tuncay,** s.88; **Büyükçalık, Mürvet Ece** (2014) 'İsveç ve Türk Mülteci Hukuku Düzenlemelerinin Karşılaştırılması', Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S:9, s.54.

anlamda uluslararası koruma kavramı olarak ifade edilir[13]. Uluslararası koruma, sığınma talebinin kabulü ile beraber kişiye yoksun olduğu ulusal korumanın bir başka devlet tarafından ikame edilmesi ile sağlanmaktadır[14].

Sığınma talep eden yabancıları[15] belirtmek amacıyla sıklıkla "*mülteci*" kavramı kullanılmaktadır. Ancak Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin 1951 Cenevre Sözleşmesi'nde mültecinin tanımının yer alması ve tanım dışı kalarak sığınma talep eden kişilerin ifade edilebilmesi gerekliliği yeni kavramların ortaya çıkmasına sebep olmuştur[16]. Sığınma talebinde bulunan ve mülteci tanımına uymayan şartlı mülteci, ikincil koruma ve geçici koruma statüsü sahipleri anılan yeni kavramlara örnek olarak gösterilebilir. YUKK m.3/1- r uyarınca, uluslararası koruma kavramının kapsamına "*mülteci*", "*şartlı mülteci*", ve "*ikincil koruma*" statüsü sahipleri girmektedir.

2. Mülteci

Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin 1951 Cenevre Sözleşmesi ve Sözleşme'ye ek 1967 New York Protokolü, mültecilere ilişkin temel düzenlemeler niteliğini haizdirler.

1951 Cenevre Sözleşmesi m.1/A- 2'de, mülteci tanımı yapılmıştır. Buna göre mülteci, "*1 Ocak 1951'den önce meydana gelen olaylar sonucunda ve ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle, yararlanmak istemeyen; yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya*

---

[13] **Doğan, Vahit** (2018) Türk Yabancılar Hukuku, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, s.137; **Büyükçalık, Mürvet Ece** (2015) Mülteci Hukuku'nun Gelişimi ve Türkiye'de Mültecilerin Sosyal Hakları, İstanbul, 12 Levha Yayınları, s.27.

[14] **Hathaway,** s.558; **Tuncay,** s.88; **Öztürk, Neva Övünç** (2016) '1951 Tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme Çerçevesinde Mülteci Statüsünün Sona Ermesine Yönelik Ölçütlerin İncelenmesi ve Türk Hukuku Üzerindeki Yansımalarının Değerlendirilmesi', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:65, S:2, Ankara, s.398.

[15] Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) raporları uyarınca, 2019 yılında dünya çapında yaklaşık 1,4 milyon sığınmacının yerleştirilmesi ihtiyacı hasıl olacaktır. Bu miktar, 2018 yılı verilerine göre toplamda %17 oranında artmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **United Nations High Commisioner fo Refugees**, UNHCR Projected Global Resettlement Needs 2019, s.9,<http://www.unhcr.org/protection/resettlement/5b28a7df4/projected-global-resettlement-needs-2019.html>, s.e.t.30.09.2018.

[16] **Ekşi, Nuray** (2016) 'Uluslararası Koruma Başvuru Sahipleri ile Uluslararası Koruma Statüsü Alan Yabancıların Türkiye'de Çalışma Hakları', Prof. Dr. M. İlhan Ulusan'a Armağan, C:III, s.210; **Tuncay,** s.86.

dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen her şahıs" olarak ifade edilmektedir. Bir kişinin mülteci statüsü elde edebilmesi için ilk koşul, kişinin ülkesini terk etmesi ya da ülkesinin sınırı dışında bulunması; başka bir deyişle yabancı olmasıdır[17]. Bu koşulun yanı sıra kişinin haklı nedenlere dayalı baskı ve zulüm korkusu[18] içerisinde bulunması da gerekmektedir. Böylece mülteciler, serbest iradeleri ile ülkelerinden ayrılmayı tercih etmeyen fakat belirli sebeplere dayanan zulüm korkusu neticesinde vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu devleti terk edip başka bir ülkeye geçici olarak sığınmak mecburiyetinde kalan kimselerdir[19]. Bir yabancıya mülteci statüsünün tanınması için; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri nedeniyle kişinin zulme uğrayacağından korkması, zulüm korkusunun haklı olması ve ülkesi dışında bulunması gerekmektedir[20]. Başka bir deyişle, bir kimseye mülteci statüsünün tanınması Sözleşme 'de belirtilen unsurların birlikte bulunması koşuluna bağlıdır[21].

Baskı ve zulme kaynak oluşturabilecek nedenler; ırk, din, tabiiyet, belli bir toplumsal gruba mensubiyet veya siyasi düşünceler şeklinde tahdidi olarak belirtilmiştir. Anılan nedenleri kişisel ve siyasal nedenler şeklinde gruplandırmak mümkündür. Irk ve milliyet doğuştan gelen bunun yanı sıra din, siyasal düşünce ve kimi durumlarda toplumsal gruba mensubiyet sonradan kazanılan ve kişinin siyasal durumu ile sıkı ilişki içerisinde bulunan temel hak ve özgürlüklere ilişkin niteliklerdir[22].

---

17 **Odman, Tevfik** (2004) 'Mülteci Hukukunda Uluslararası Düzenlemeler ve Uluslararası Standartlar, Türk Mülteci Hukuku ve Uygulamadaki Gelişmeler', İstanbul Barosu Yayınları, s.17; **Doğan,** s.141-142; **Ekşi,** s.41; **Çelikel/Öztekin Gelgel,** s.16.

18 Korku kavramının sübjektif niteliğinden ötürü tanımda korkan ifadesine değil, haklı nedenle korkan ifadesine yer verilmiştir.

19 **Doğan,** s.141-142; **Konuk Sommer, Bahar/Kavlak, Bengül** (2017) 'Mültecilerin Sağlık Hakkının Uluslararası Belgeler ve Türk Hukukundaki Düzenlemeler Işığında Değerlendirilmesi', Legal Hukuk Dergisi, C:15, S:177, s.4289; **Brumar,** s.251; **Global Refugee Work Rights Report,** 2014, s.1 (http://asylumaccess.org/work/reports, e.t. 29.10.2018)

20 **Doğan,** s.141-142; **Ekşi,** s.41; **Martin, Suzan F.** (2016) 'The Global Refugee Crisis', Georgetown Journal of International Affairs, C:XVII, s.6-7, <www.heinonline.com,> s.e.t. 30.09.2018.

21 **Doğan,** s.10; **Das, Bharat B.** (2005) 'A Refugee's Problem – Humanitarian Approach', ISIL Year Book of International Humanitarian and Refugee Law, s.196, <www.heinonline.com> s.e.t. 30.09.2018; **Brumar,** s.252-253; **Öztürk**, Mülteci Kavramı, s.923.

22 **Odman,** s.31; **Doğan,** s.141-142; **Ekşi, Nuray** (2012) 'Türkiye'de Bulunan Suriyelilerin Hukuki Statüsü', Legal Hukuk Dergisi, C:10, S:119, s.5; Konuya ilişkin Danıştay kararı için bkz. *Dn. 10. D., 30.06.2010, 8248/Y. Durdurma; "Türkiye, 1951 Cenevre Sözleşmesi ile 1967 New York Protokolü'ne taraftır. Ancak, Türkiye anılan iki belgeyi sorumluluğu Avrupa ile sınırlama imkanı sunan coğrafi sınırlama 29.08.1961 tarih ve 359 sayılı Kanunla onaylaması uygun bulunan 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme ve Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin 1967 Protokolü'nün 1. maddesi uyarınca bu Sözleşmenin; ırkı, dini, milliyeti,*

1951 Cenevre Sözleşmesi m.1/A-2 uyarınca bir kimsenin mülteci statüsü alabilmesi, maddede belirtilen şartları taşımasının yanı sıra olayların 1 Ocak 1951'den önce meydana gelmesi koşuluna bağlı tutulmuştur. Başka bir deyişle, tanım yalnızca 1951'den önceki olaylar bakımından uygulama alanı bulacaktır. Böylece, 1967 yılına kadar süren zaman diliminde, 1951 Cenevre Sözleşmesi "*zaman sınırlaması*" ile beraber uygulanmıştır. Ancak, Türkiye tarafından da 1968 yılında onaylanan ve New York'ta imzalanan, 1951 Cenevre Sözleşmesi'ne ek 1967 Protokolü ile "*1 Ocak 1951'de önce meydana gelen olaylar*" ve "*söz konusu olaylar sonucunda*" ifadeleri Sözleşme metninden çıkarılmıştır[23]. 1967 New York Protokolü ile zaman sınırlaması olmaksızın 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin hükümleri, I. maddenin 2. paragrafının kapsamına giren tüm kişilere uygulanır. Böylece Taraf Devletlerin Sözleşme hükümlerini uygularken, mülteci statüsü kazandıran olay bakımından zaman sınırlaması getirmeleri mümkün değildir[24]. Protokol'ün bağlayıcılık kazandığı 1968 tarihinden itibaren artık zaman sınırlaması uygulanmayacaktır[25].

Tanımdaki "*1 Ocak 1951 tarihinden önce meydana gelen olaylar*" ifadesinin nasıl yorumlanacağı hususunda Taraf Devletlere Sözleşme m.1/B-1 hükmü (a) ve (b) fıkraları uyarınca seçim hakkı sunulmuştur[26]. Taraf Devletler, bu olayları Avrupa'da cereyan eden olaylarla sınırlayabileceği gibi, herhangi bir coğrafi

belirli bir toplumsal gruba üyeliği veya siyasi düşünceleri nedeniyle takibata uğrayacağından haklı olarak korktuğu için vatandaşı olduğu ülke dışında bulunan ve vatandaşı olduğu ülkenin himayesinden istifade edemeyen veya korkudan dolayı istifade etmek istemeyen ya da uyruğu yoksa ve önceden ikamet ettiği ülke dışında bulunuyorsa oraya dönemeyen veya korkusundan dolayı dönmek istemeyen her şahsa uygulanacağı kuralı öngörülmüştür. Türkiye Cumhuriyeti Devleti Sözleşme'nin 1. maddesine çekince koyarak, yalnızca Avrupa'dan gelenlere mülteci statüsü tanımakta olup; Avrupa dışından gelenlere ise sığınmacı statüsü tanımaktadır." <https://mevzuatvekararlar.legalbank.net/arama> s.e.t. 22.10.2018.

[23] Protokol m.1/2; "*İşbu Protokol bakımından, bu maddenin 3. Fıkrasının uygulanması hali dışında, "mülteci" terimi, Sözleşme'nin 1. maddesinin A 2 kısmında mevcut "1 Ocak 1951'den önce meydana gelen olaylar sonucunda ve ..." ve "söz konusu olaylar sonucunda" ifadeleri metinden çıkarılmış addedilerek, Sözleşme'nin 1. maddesinde yer alan tanıma giren her şahıs anlamına gelecektir.*"

[24] **Doğan**, s.11; **Ekşi,** s.44; **Ekşi**, Suriyelilerin Hukuki Statüsü, s.6. **Öztürk,** Mülteci Kavramı, s. 934. **Das,** s.197.

[25] **Doğan,** s.11; **Ekşi,** s.44; **Ekşi,** Suriyelilerin Hukuki Statüsü, s.6; **Öztürk,** Mülteci Kavramı, s.934.

[26] Protokol m.1/3; "*İşbu Protokol, Sözleşme 'ye Taraf Devletlerce, Sözleşme'nin madde 1 B (1) (a) hükmüne göre yapılanı mevcut duyuruların, madde 1 B (2) çerçevesinde genişletmedikçe, bu Protokol bakımından da geçerli olması koşuluyla, Taraf Devletler, işbu Protokolü, hiçbir coğrafi sınırlama yapılmaksızın uygulayacaklardır.*" Böylece, Protokol, Sözleşme bakımından zaman sınırlamasını tamamen kaldırmış, coğrafi sınırlama bakımından ise, daha önce coğrafi sınırlama seçimi yapmış Taraf Devletlerin bu seçimleri ile bağlı kalmayı sürdürebileceklerini hüküm altına almıştır.

sınırlamaya yer vermeden Avrupa'da veya başka bir yerde meydana gelen olaylar olarak da uygulayabilme hakkını haizdirler. Türkiye, anılan belgeyi sorumluluğu Avrupa ile sınırlı tutma imkânı sunan coğrafi sınırlama ile imzalamıştır[27]. Böylece, yalnızca Avrupa'dan gelen kişiler mülteci statüsünü haiz olacaktır[28]. Bu kapsamda mültecilere, Sırp katliamından kaçıp Türkiye'ye gelen Müslümanlar örnek olarak gösterilebilir[29].

YUKK m.61'de, mülteci statüsünün kime verileceği düzenlenmektedir. Buna göre, "*Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında mülteci statüsü verilir*". Mülteci statüsünün tanınması bakımından, maddede belirtilen şartların birlikte gerçekleşmesi aranmaktadır.

1951 Cenevre Sözleşmesi m.1/C'de mültecilik statüsünü sona erdiren haller de belirtilmiştir. Buna göre kişi, vatandaşı olduğu ülkenin korumasından kendi isteği ile tekrar faydalanırsa, vatandaşlığını kaybettikten sonra kendi isteği ile tekrar kazanırsa, yeni bir vatandaşlık edinmişse ve vatandaşlığını edindiği ülkenin korumasından yararlanıyorsa, kendi isteği ile terk ettiği yahut zu-

---

[27] Türkiye'nin Sözleşme tanımına getirdiği coğrafi kısıtlama bu imkânın Taraf Devletlere tanınmış olmasından kaynaklanmaktadır. Protokol'ün "*çekinceler ve duyurular*" başlıklı 7. maddesi uyarınca, Protokole taraf olurken coğrafi kısıtlama getirmiştir. Türkiye'nin Sözleşme ile ilgili getirdiği ikinci kısıtlama ise şu şekildedir; "*Bu Sözleşmenin hiçbir hükmü mülteciye Türkiye'de Türk uyruklu kimselerin haklarından fazlasını sağladığı şeklinde yorumlanamaz.*"

[28] **Doğan,** s.11; **Ekşi**, s.44-45; **Ergüven, Nasıh Sarp/Özturanlı, Beyza** (2013) 'Uluslararası Mülteci Hukuku ve Türkiye', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:62, S:4, s.1034; **Büyükçalık,** Mülteci Hukuku Düzenlemeleri, s.56; **Öztürk,** Mülteci Kavramı, s.937-938; Sözleşme'deki coğrafi sınırlama dolayısıyla, Avrupa dışından gelerek Türkiye'ye sığınan kişilere yalnızca (BMMYK aracılığıyla) üçüncü bir ülkeye yerleştirilinceye kadar geçici ikamet hakkı tanınmaktadır; Konuya ilişkin Danıştay kararı için bkz. Dn. 10. D., 20.01.2000, 6373/130; "*Davalı idare davacının mülteci statüsünde olmayıp sığınmacı statüsünde olabileceğini, dolayısıyla Cenevre Sözleşmesi ve Protokol hükümlerinin davacı hakkında uygulanmayacağını kaldı ki davacının sığınmacı statüsü elde etmek için Yönetmeliğin 4. maddesinde öngörülen 5 günlük sürede de başvurmadığını ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir. Davalı idarenin dosya içinde bulunan dilekçe ve açıklamalarında da belirtildiği üzere Türkiye, sadece Avrupa'dan ülkemize sığınma amacıyla gelen yabancılara mülteci statüsü tanımaktadır. Bu itibarla Avrupa dışından ülkemize sığınmak amacıyla gelenler sığınmacı olarak kabul edilmiştir."*https://mevzuatvekararlar.legalbank.net/arama s.e.t. 22.10.2018.

[29] **Ekşi,** s.147; **Ekşi,** Suriyelilerin Hukuki Statüsü, s.5; **Tuncay,** s.89; **Öztürk,** Mülteci Kavramı, s.931.

lüm korkusu ile dışında bulunduğu ülkeye yerleşmek maksadı ile geri dönmüşse ya da mülteci olarak tanınmasını gerektiren koşullar son bulduğu için vatandaşı olduğu ülkenin korumasından yararlanmaktan kaçınmayı sürdüremezse mültecilik statüsünü yitirecektir. Mülteci statüsünün sona ermesine yönelik kriterlerin esasa ilişkin ve olumsuz nitelik taşıdığı gözlenmektedir[30]. YUKK. m.85'de, benzer bir düzenlemeyi barındırmaktadır. Belirtilen koşullar bir hakkın sona ermesine sebep olduklarından, sınırlı sayıda kabul edilerek dar yoruma tabi tutulmalıdırlar.

3. Şartlı Mülteci

YUKK'tan önce var olan "*mülteci*", "*sığınmacı*" ayrımı, YUKK ile kavramsal bir değişikliğe uğramıştır[31]. Esasında YUKK'ta "*şartlı mülteci*" olarak adlandırılan yabancılar, YUKK'un yürürlüğe girmesinden önce "*sığınmacı*" olarak nitelendirilen yabancılardır[32].

YUKK m.62'de şartlı mültecinin tanımına yer verilmiştir. Buna göre, "*Avrupa ülkeleri dışında meydana gelen olaylar sebebiyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında şartlı mülteci statüsü verilir. Üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar, şartlı mültecinin Türkiye'de kalmasına izin verilir*".

Mülteci ile şartlı mülteci arasında üç temel fark bulunmaktadır. İlk olarak, mülteci statüsü Avrupa'da meydana gelen olaylar nedeniyle tanınırken, şartlı mülteci statüsü Avrupa dışında meydana gelen olaylar sebebiyle tanınmaktadır[33]. Dolayısıyla, mülteci ile şartlı mülteci arasındaki ayrım coğrafi kaynaklıdır. İkinci olarak, şartlı mülteci statüsü alanlar, güvenli üçüncü ülkeye yerleştirilirler[34]. Üçüncü olarak da, şartlı mülteci statüsü alanlara, üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar Türkiye'de kalmaları için geçici ikamet izni verilir; başka

---

30 **Doğan,** s.143-144; **Çelikel/Öztekin Gelgel,** s.167; **Öztürk,** Mülteci Statüsünün Sona Ermesi, s.400-401.

31 Türkiye'nin Sözleşme'yi ve Sözleşme'ye ek Protokol'ü coğrafi sınırlama ile imzalamış olması dolayısıyla YUKK'ta Türk hukukuna özgülenmiş çeşitli bireysel uluslararası koruma statüleri bulunmaktadır.

32 **Ekşi,** s.48; **Çelikel/Öztekin Gelgel,** s.159; **Tuncay,** s.89; **Ergüven/ Özturanlı,** s.1034; **Büyükçalık,** Mülteci Hukuku Düzenlemeleri, s.57-58.

33 **Doğan,** s.11; **Tuncay,** s.89; **Büyükçalık,** Mülteci Hukuku Düzenlemeleri, s.85-86.

34 **Doğan,** s.145; **Ekşi,** Uluslararası Koruma, s.211; **Çelikel/Öztekin Gelgel,** s.207; **Tuncay,** s.89.

bir deyişle Türkiye'nin bu kişilere daimi ikamet sağlama yükümlüğü bulunmamaktadır[35]. Bu kimselere Çin'den kaçarak Türkiye'ye gelen Uygurlar, Irak'tan kaçarak Türkiye'ye sığınan peşmergeler örnek olarak gösterilebilir[36].

4. İkincil Koruma

İkincil koruma kavramı ilk defa YUKK ile karşımıza çıkmaktadır[37]. YUKK m.63 uyarınca, "*Mülteci veya şartlı mülteci olarak nitelendirilemeyen, ancak menşe ülkesine veya ikamet ülkesine geri gönderildiği takdirde; Ölüm cezasına mahkûm olacak veya ölüm cezası infaz edilecek, İşkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak, Uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayrım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak olması nedeniyle menşe ülkesinin veya ikamet ülkesinin korumasından yararlanamayan veya söz konusu tehdit nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancı ya da vatansız kişiye, statü belirleme işlemleri sonrasında ikincil koruma statüsü verilir.*"

İkincil korumanın temelinde, insan hakları sözleşmeleri ile güvence altına alınmış olan yaşam hakkı ve işkence yasağı ihlallerinin bulunduğu gözlenmektedir[38]. Örneğin, bazı İslam ülkelerinde uygulanan kadın sünnetinden yahut recm cezasından kaçarak Türkiye'ye sığınan yabancı kadının durumuna uygulanacak uluslararası koruma türü ikincil koruma olacaktır[39]. Çünkü bu durumda sığınmacı ırkından, dininden, tabiiyetinden, belirli bir toplumsal gruba

---

35 **Ekşi,** s.48; **Çelikel/Öztekin Gelgel,** s.207; **Tuncay,** s.89-90; **Büyükçalık,** Mülteci Hukuku Düzenlemeleri, s.58.

36 **Tuncay,** s.89-90.

37 2004/83/EC sayılı Avrupa Konseyi Direktifi madde 15'deki tanımın aynen aktarılması suretiyle YUKK'taki ikincil koruma statüsü düzenlenmiştir; Ayrıntılı bilgi için bkz. Council of the European Union, Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or Stateless Persons as Refugees or as Persons Who Otherwise Need International Protection and the Content of the Protection Granted, 30. 12. 2004, <http://www.refworld.org/docid/4157e75e4.html> s.e.t. 22.10.2018.

38 **Doğan,** s.146; **Ekşi,** s.150; **Tuncay,** s.89-90; **Çelikel/Öztekin Gelgel,** s.25-26; **Öztürk, Neva Övünç** (2015) Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi, Ankara, Seçkin Yayınları, s.403; **Büyükçalık,** Mülteci Hukuku Düzenlemeleri, s.59-60.

39 BMMYK ise farklı görüştedir. Buna göre; **UN High Commissioner for Refugees**, UNHCR Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity, 21.11.2008, <http://www.refworld.org/docid/48abd5660.html> s.e.t. 22.11.2018; BMMYK' nin "*Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği 'ne İlişkin Mülteci Talepleri Hakkında Yönlendirme Notu*" uyarınca, cinsel yönelimleri yahut cinsiyet kimlikleri dolayısıyla maruz kalacakları zulümden korkan bireylerin "*belirli bir toplumsal grup*" mensubu olarak kategorize edilebilecekleri belirtilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Aydınlı, Ogün Erşan** (2018) Mülteci Statüsünün Belirli Bir Sosyal Gruba Mensubiyet Nedeniyle Tanınması, Ankara, Yetkin Yayınları, s.92-93.

mensubiyetinden ya da siyasi düşüncesinden dolayı zulüm tehlikesi altında olmamasına rağmen insanlık dışı muameleye tabi olması kaynaklı korunmaya muhtaçtır.

C. GEÇİCİ KORUMA KAVRAMI

Geçici koruma, YUKK'un 91. maddesi ve bu maddeye istinaden hazırlanan "*Geçici Koruma Yönetmeliği*"[40] ile düzenlenmiştir[41]. Ayrıca, geçici koruma altındaki kişilerin çalışma hakları ile ilgili olarak "*Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelik*"[42] çıkarılmıştır.

Türk Hukukunda YUKK m.3/1-r uyarınca uluslararası korumanın bir türü sayılmayan geçici koruma, kitlesel olarak ülkesini terk etme mecburiyetinde kalan ve geri dönmesi mümkün olmayan yabancılara, acil ve geçici koruma sağlamak maksadıyla sağlanan koruma türüdür[43]. Geçici koruma kavramı, "*geri gönderilmeme ilkesi*[44]"ne hizmet eder[45]. Dolayısıyla geçici korumanın esas hedefi sığınmacıların, zaman kaybetmeksizin güvenli bir ortama ulaşmalarını temin etmek ve temel insan haklarının muhafazasını sağlamaktır[46].

---

40 22.10.2014 t. ve 29153 S. lı RG.

41 **Ekşi,** s.53; **Elçin, Doğa** (2016) 'Türkiye'de Bulunan Suriyelilere Uygulanan Geçici Koruma Statüsü 2001/55 Sayılı Avrupa Konseyi Yönergesi İle Geçici Koruma Yönetmeliği Arasındaki Benzerlik ve Farklılıklar', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:124, s.17-18; **Büyükçalık,** Mülteci Hukuku Düzenlemeleri, s.60-61.

42 15.01.2016 t. ve 29594 S.lı RG.

43 **Ekşi,** s.154-155; **Ekşi,** Suriyelilerin Hukuki Statüsü, s.11-12; **Ekşi, Nuray** (2016) Suriyeliler Örneği Işığında Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma Hakları, C:14, S:158, Legal Hukuk Dergisi, s.594; **Tuncay,** s.91; **Büyükçalık,** Mülteci Hukuku Düzenlemeleri, s.61; **Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Hakları İnceleme Komisyonu** (2012) Ülkemize Sığınan Suriye Vatandaşlarının Barındıkları Çadırkentler Hakkında İnceleme Raporu, s.11-12, <https://www.tbmm.gov.tr/ komisyon/insanhaklari/docs/2012/raporlar/28_02_2012_1.pdf> s.e.t.22.10.2018.

44 1951 Cenevre Sözleşmesi m.33/1 uyarınca; "*Hiçbir Taraf Devlet, bir mülteciyi, ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatı ya da özgürlüğü tehdit altında olacak ülkelerin sınırlarına, her ne şekilde olursa olsun geri göndermeyecek veya iade ("refouler") etmeyecektir*." Ancak yine aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca, bazı hallerde bu yasağa istisna getirilmiştir. Buna göre, bulunduğu ülkenin güvenliği için tehlike arz etmesi hususunda ciddi emareler olan ya da özellikle ciddi bir suçtan kaynaklı kesinleşmiş bir hükümle mahkûm olduğundan dolayı ülkenin halkı için tehlike yaratmayı sürdüren mülteciye bu hüküm uygulanmayacaktır.

45 **Öztürk,** s.405; **Büyükçalık,** Mülteci Hukuku Düzenlemeleri, s. 61.

46 **Ergüven/ Özturanlı,** s.1038; **Ergin, Berkiye Gizem** (2018) 'Yabancıların Türkiye'de Çalışma İzinleri Hakkında Kanuni Düzenlemeler', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:135, s.124.

AB Geçici Koruma Yönergesi (20 Temmuz 2001 tarihli ve 2001/55 Sayılı Avrupa Konseyi Yönergesi)[47] m.2'de yapılan tanıma göre geçici koruma, üçüncü ülkelerden gelen ve kendi ülkesine geri dönemeyen, yerinden edilmiş kişilerin kitlesel sığınması ya da yakın bir kitlesel sığınma tehlikesi bulunması, özellikle sığınma sisteminin bu akınla, etkili işleyişi olumsuz yönde etkilenmeksizin başa çıkamayacağına dair bir riskin varlığı halinde, ilgili kişilerin ve koruma talep eden diğer kimselerin menfaatleri doğrultusunda bu kişilere sağlanan acil ve geçici korumadır[48].

Tanımlarda önemli yer tutan kitlesel sığınma kavramı Türk mevzuatında açıklanmamış olmasına rağmen, AB Geçici Koruma Yönergesinde açıklanmıştır. Yönerge m.2/1-d uyarınca kitlesel sığınma, belirli bir ülkeden ya da coğrafi bölgeden kendiliğinden ya da yardım sonucu çok sayıda yerinden edilmiş kişinin ülkeye ulaşmasıdır. Kitlesel gelişler, ancak geçici koruma kapsamında değerlendirilebilir. Türkiye'deki Suriyelilere sağlanan koruma türü, geçici korumadır[49].

II. ÇALIŞMA HAKKI

A. GENEL OLARAK ÇALIŞMA HAKKI

Çalışma hakkı[50], uluslararası arenada temel bir insan hakkı olarak görülmekte ve temel hak ve hürriyetler arasında yer almaktadır. Sosyal ve ekonomik

---

47 "*Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on Minimum Standarts for Giving Temporary Protection in the Event of a Mass Influx of Displaced Persons and on Measures Promoting a Balance of Efforts Between Member States in Receiving Such Persons and Bearing the Consequences Thereof*"<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:212:0012:0023:EN:PDF>; <http://www.goc.go v.tr/icerik6/20-temmuz-2001-tarihli-200155ec-sayili-konsey-yonergesi_346_349_723_icerik> s.e.t.02.10.2018.

48 **Elçin,** s.22; **Büyükçalık,** Mülteci Hukuku Düzenlemeleri, s.61.

49 **Doğan,** s.148; **Ekşi,** Geçici Koruma, s.594; **Çelikel/ Öztekin Gelgel,** s.180; **Tuncay,** s.91; **Uzun, Aytül** (2015) 'Günümüzün Sosyal ve Ekonomik Sorunu Olan Suriyelilerin Mülteci ve Ekonomi Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi', Ankara Barosu Dergisi, S:73, 2015, s.110; **Büyükçalık,** Mülteci Hukuku Düzenlemeleri, s.60-61; **Tunç, A.Ş.** (2015) 'Mülteci Davranışları ve Toplumsal Etkileri: Türkiye'deki Suriyelilere İlişkin Bir Değerlendirme', Tesam Akademi Dergisi, S:2, s.35-40.

50 Pozitif hukukta çalışma hakkı, çalışmama özgürlüğünü zedelemediği ölçüde çalışma ödevi ile eş anlamda kullanılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Demir, Fevzi** (2014) **'**Çalışma Hakkı Kavramı ve Hukuki Niteliği', Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu VI, Petrol – İş Yayınları, İstanbul, s.145.

temelli bir hak olan çalışma hakkı aynı zamanda, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir sosyal insan hakkıdır[51]. Çalışma hakkı, kişinin toplum içerisindeki sosyal ve ekonomik faaliyetlerine ilişkin bir kamu hakkıdır. Böylece sosyal devlet ilkesi gereği devlete karşı ileri sürülebilen bu hak, devletten pozitif bir edimde bulunmasını talep hakkını da bünyesinde barındırır. Dinamik nitelikte olan çalışma hakkı, sürekli bir değişim ve gelişim içerisindedir[52]. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin[53] (İHEB) 23. maddesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme[54]'nin (ESKHS) 6. maddesi ayrımcılık yapılmaksızın herkesin çalışma hakkına ve yapacağı işi serbestçe seçme özgürlüğüne sahip olduğunu vurgulamaktadır. İHEB m.23'e göre, "*Her şahsın çalışmaya, işini serbestçe seçmeye, adil ve elverişli çalışma şartlarına ve işsizlikten korunmaya hakkı vardır.*" Türkiye'nin de taraf olduğu ESKHS m.6/1'e göre, "*Bu Sözleşmeye Taraf Devletler herkesin çalışma hakkını tanır ve bu hakkı korumak için gerekli tedbirleri alır. Çalışma hakkı, herkesin kendi seçtiği ve girdiği bir işte çalışarak geçimini sağlama imkânına ulaşma hakkını da içerir.*" ESKHS'nin "*adil ve uygun işte çalışma hakkı*" başlıklı 7. maddesi uyarınca, anılan Sözleşme taraf devletlerin, herkese adil ve elverişli şartlarda çalışma hakkı tanıyacağını belirtilmiştir. Buna göre taraf devletler çalışanların, çalışmaları karşılığında adil ücret almalarını, sağlıklı ve güvenli çalışma koşulları içinde çalışmalarını gözeteceklerdir. Temel insan haklarından biri olan çalışma hakkı, diğer insan haklarının varlığı için vazgeçilmez olmasının yanı sıra insan onurunun mütemmim cüzü olarak da nitelendirilmektedir[55].

---

51 **Doğan,** s.195; **Uşan, M. Fatih** (2009) İş Hukuku, 2. Baskı, C:1, Ankara, Gazi Kitabevi, s.10; **Çelikel/ Öztekin Gelgel,** s.162 – 163; **Tuncay,** s.80; **Demir,** s.141-142; **Kaya, Pir Ali/Ertuğrul Yılmazer, Işın Ulaş** (2016) 'Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Çalışma Hakkı', Sosyal Siyaset Konferansları, S:70, s.61-62; **Şen, Murat** (2013) 'İnsan Hakları Bağlamında Çalışma Hakkı', Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:II, S:2, s.18.

52 **Uşan,** s.10-12; **Demir,** 152; **Kaya/Ertuğrul Yılmazer,** s.63-64; **Şen,** s.18.

53 06.04.1949 t. ve 9119 sayılı BK Kararı, 27.05.1949 t. ve 7217 S.lı RG. İngilizce ve Türkçe metinler için bkz.<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights>; <https://www.unicef.org/turkey/udhr/_gi17html> s.e.t. 10.09.2018.

54 04.06.2003 t. ve 4867 sayılı "*Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun*", 18.06.2003 t. ve 25142 S.lı RG. İngilizce ve Türkçe metinler için bkz. <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cescr.aspx>; <https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/3507--Ekonomik,-Sosyal-ve-Kulturel-Haklara-Iliskin-Uluslararasi-Sozlesme.pdf> s.e.t. 10.09.2018.

55 **Demir,** 152-153; **Kaya/Ertuğrul Yılmazer,** s.65; **Şen,** s.18; **Büyükçalık,** s.178.

Çalışma hakkının yorumlandığı ve herkesin çalışma hakkına sahip olduğunu ve bu hak açısından ayrımcılık yapılmasının söz konusu olmayacağını belirten uluslararası antlaşmalar da mevcuttur[56]. "*Kadınlara Karşı Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme*[57]", "*Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme*[58]" bunlara örnek gösterilebilir. ILO Sözleşmelerinden Türkiye'nin taraf olduğu "*111 Sayılı İş ve Meslek Yönünden Ayrımcılık Sözleşmesi*[59]" de, kişilerin iş ve meslek edinme aşamasında ve iş ve mesleklerini icra ederlerken maruz kalacakları her türlü ayrımcı muameleyi ortadan kaldırmayı hedeflemektedir.

Uluslararası metinlerdeki bu kabule karşın, yabancıların hak ve özgürlükleri konusunda, neredeyse her devletin kendine has kısıtlamalar yaptığı gözlemlenmektedir. Bu bağlamda, yabancıların çalışma hakları hususunda devletler kamu düzeni, kamu yararı, kamu sağlığı, ulusal işgücü politikası gibi gerekçelerle çeşitli sınırlamalar yapmaktadır[60].

B. TÜRK HUKUKUNDA YABANCILARIN ÇALIŞMA HAKLARINA İLİŞKİN MEVZUAT HAKKINDA GENEL BİLGİ

1. Yabancıların Çalışma Hakkı ve Sınırlanması

Anayasa m.48 uyarınca, "*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir.*" Burada geçen herkes kavramı, yabancı ile vatandaş arasında bir ayrım bulunmadığı, eşitlik esasından hareket edildiğini gözler önüne

---

56 **Kaya/Ertuğrul Yılmazer,** s.62; **Büyükçalık,** s.180; Konuya ilişkin Anayasa Mahkemesi Kararı için bkz. AİHM, Emel Boyraz v. Türkiye, 02.12.2014, 2008/61960; "*Farklı muamele, tarafsız ve makul bir gerekçesi olduğunda, diğer bir deyişle, meşru bir amaç gütmediğinde veya izlenilen yol ile varılmaya çalışılan hedef arasında makul bir orantılılık ilişkisi kurulmadığında, ayrımcılık teşkil etmektedir. 14. maddenin anlamı çerçevesinde ayrımcılık kavramı, ayrıca, Sözleşme uyarınca daha iyi bir muamele öngörülmemesine rağmen, bir kişinin veya grubun, uygun bir gerekçe olmaksızın, diğerinden daha az iyi davranışa maruz kaldığı durumları kapsamaktadır.*" <https://mevzuatvekararlar.legalbank.net/arama> s.e.t. 25.10.2018.

57 13.05.2002 t. ve 4171 sayılı BK kararı, 16.06.2002 t. ve 24787 S.lı RG. İngilizce ve Türkçe metinler için bkz.<https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cedaw.pdf>; <https://www.unicef.org/turkey/cedaw/_gi18.html> s.e.t. 12.09.2018.

58 03.04.2002 t. ve 450 sayılı kanun, 09.04.2002 t. ve 24721 S.lı RG. İngilizce ve Türkçe metinler için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanunt bmm c086/kanuntbmmc086/ka nuntbmmc08604750.pdf>;<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cerd.aspx> s.e.t.12.09.2018.

59 02.09.1967 t. ve 6-8730 sayılı BK kararı, 21.09.1967 t. ve 12705 S.lı RG. Türkçe ve İngilizce metinler için bkz.<https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C111>; <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/belge/uluslararasi_belgeler> s.e.t. 12.09.2018.

60 **Doğan,** s.195-196; **Uşan,** s.10; **Çelikel/Öztekin Gelgel,** s.181; **Tokcan, Işıl** (2004) 'Mülteci Hukukunda Uluslararası Koruma', Türk Mülteci Hukuku ve Uygulamadaki Gelişmeler, s.60; **Şen,** s.21.

sermektedir. Anayasa m.49 uyarınca da "*Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir.*" Ancak yine Anayasa m.16 uyarınca, "*Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir.*" Temel hak ve hürriyetler arasında yer alan çalışma hakkına getirilecek sınırlamanın, milletlerarası hukuka uygun olması gerekliliğinin yanı sıra kanunla yapılması da aranmaktadır[61].

Yabancıların çalışması ile ilgili mevzuat yakın zamanda değişikliğe uğramıştır. 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun (YÇİHK), 2016 yılında 6375 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu'nun 27 (7) maddesi ile yürürlükten kaldırılmış ve "*6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu*[62]" (UİK) yürürlüğe girmiştir[63]. UİK'nın uygulanmasına ilişkin yönetmelik henüz yürürlüğe konmamıştır. Fakat UİK Geçici m.1/4 uyarınca, Kanunun uygulanmasına ilişkin düzenlemeler yürürlüğe girinceye kadar mevcut düzenlemelerin bu Kanununa aykırı olmayan hükümleri uygulanmaya devam edilecektir.

2. Yabancıların Çalışma Hakkının Şartları

a. Türkiye'ye Giriş Şartlarını Taşımak

Yabancıların Türkiye'de çalışma haklarını kullanabilmeleri için öncelikle usulüne uygun şekilde ülkeye giriş yapmaları gerekmektedir. Yabancıların Türkiye'ye girişinde üç temel koşulun varlığı gözetilmektedir. Anılan koşullar; geçerli pasaport veya pasaport yerine geçen belgelerin yetkili makamlara gösterilmesi, Türkiye'ye giriş yasağının bulunmaması ve Türkiye'ye giriş amacını gösteren vize sahibi olunmasıdır.

---

61 **Doğan,** s.196; **Ekşi,** s.217; **Tuncay,** s.77; **Çelikel/ Öztekin Gelgel,** s.181; **Tuncay,** s.80; **Demir,** s.141-142; **Kaya/ Ertuğrul Yılmazer**, s.61-62; **Şen,** s.21; Konuya ilişkin Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. AYM, 26.12.2013, 57/162; "*Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlükleri büyük ölçüde kısıtlayan ve kullanılamaz hâle getiren sınırlamalar hakkın özüne dokunur. Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil, koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yollan gibi güvenceler demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, istisnaî olarak ve özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin gerekleri için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak kanunla sınırlandırılabilirler. Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olması düşünülemez. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, kısıtlamaların, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye vardırılmaması gerekir.*" <https://mevzuatvekararlar.legalbank.net/arama> s.e.t. 24.10.2018.

62 13.08.2016 t. ve 29800 S.lı RG.

63 UİK m.1; "*Bu Kanunun amacı; uluslararası işgücüne ilişkin politikaların belirlenmesi, uygulanması, izlenmesi ile yabancılara verilecek çalışma izni ve çalışma izni muafiyetlerine dair iş ve işlemlerde izlenecek usul ve esasları, yetki ve sorumlulukları ve uluslararası işgücü alanındaki hak ve yükümlülükleri düzenlemektir.*"

YUKK m.5 uyarınca, Türkiye'ye girişler sınır kapılarından, geçerli pasaport veya pasaport yerine geçen belgelerle yapılır. YUKK m.7'de, pasaport süresinin talep edilen vize veya ikamet izin süresinden 60 gün fazla olması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Ancak YUKK m.8'e göre, uluslararası koruma kapsamındaki yabancılar bu kuraldan istisnadırlar.

YUKK m.3/t uyarınca; "*Vize: Türkiye'de en fazla doksan güne kadar kalma hakkı tanıyan ya da transit geçişi sağlayan izni"* ifade eder. Vize yabancının vatandaşı olduğu ülkede bulunan ve gidilecek ülkenin konsolosluğundan, istisnai durumlarda ise sınır kapılarının bağlı olduğu valiliklerden alınır. Vizeler Türkiye'de doksan güne kadar kalacak yabancılar için geçerli olup bu süreden fazla kalacak yabancıların ikamet izni almaları zorunludur[64].

Çalışma izni alabilmek için, öncelikle çalışma amaçlı vize almak gereklidir. Ancak çalışma izninin alınması için tek yöntem, çalışma amaçlı vize almak değildir. Ülkede geçerli ikamet izni bulunan bir yabancı da çalışma izni için başvurabilir ve çalışma izni alabilir[65]. YUKK m.27 uyarınca, "Geçerli çalışma izni ile 27/2/2003 tarihli ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun 10 uncu maddesine istinaden verilen Çalışma İzni Muafiyet Teyit Belgesi, ikamet izni sayılır." Bu sebeple, çalışma izni ikamet izni yerine geçtiğinden artık yurda giriş yapan yabancıların ayrıca ikamet izni almalarına lüzum bulunmamaktadır.

b. Çalışma İzni Almak

UİK m.6/2 uyarınca, yabancıların Türkiye'de çalışabilmeleri kural olarak izne bağlanmıştır[66]. Böylece, Türkiye'de çalışmayı arzu eden yabancıların çalışma izni yahut çalışma izni muafiyeti alma zorunlulukları bulunmaktadır[67]. UİK m.3/1-c uyarınca çalışma izni; "*Bakanlıkça resmi bir belge şeklinde düzenlenen ve geçerlilik süresi içinde yabancıya Türkiye'de çalışma ve ikamet hakkı veren izin*" anlamına gelmektedir. UİK m.3/1-ç uyarınca çalışma izni muafiyeti ise, "*Bakanlıkça resmi bir belge şeklinde düzenlenen ve geçerlilik süresi içinde yabancıya Türkiye'de çalışma izni almaksızın çalışma ve ikamet hakkı veren belge*"

---

64 **Doğan**, s.197; **Ekşi**, s.76-77; **Tuncay**, s.98-99; **Erken, Baki** (2016) Uluslararası İşgücü Kanunu Çerçevesinde Türkiye'de Yabancıların Çalışması, TİSK Akademi, C:11, S.22, s.385-386.

65 **Tuncay**, s.98-99; **Erken**, s.385-386.

66 **Tuncay,** s.98; **Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat** (2018) İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 31. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, s.261; **Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş** (2018), İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Lykeion Yayınları, s.90-91; **Şen,** s.22.

67 UİK m.6/4 uyarınca bunun tek istisnası, TVK m.28' de düzenlenen doğumla Türk vatandaşı olup da yetkili makamlardan izin alarak Türk vatandaşlığından çıkan eski Türk vatandaşlarının başka bir deyişle mavi kartlıların durumudur.

olarak ifade edilmektedir[68]. UİK m.7/1'e göre, çalışma izni başvuruları yurt içinde AÇSHB'na[69], yurt dışında ise yabancının vatandaşı bulunduğu ya da yasal olarak bulunduğu ülkedeki TC. Büyükelçilikleri veya Başkonsolosluklarına yapılır. Çalışma izni vermeye yetkili makam AÇSHB'dır.

UİK m.7/4'e göre, izin başvurusu uluslararası işgücü politikası gözetilerek değerlendirilir[70]. UİK m.4/2'de, uluslararası işgücü politikası belirlenirken göz önünde tutulacak unsurlar; uluslararası işgücü hareketliliği ve bölgesel gelişmeler ile Göç Politikaları Kurulu kararları, istihdam ve çalışma hayatına ilişkin gelişmeler, sektörel ve ekonomik dönemsel değişiklikler, kalkınma plan ve programları, yabancının uyruğunda bulunduğu ülkeyle ikili ekonomik, sosyal ve kültürel ilişkiler, Türkiye'nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı anlaşmalar ve uluslararası sözleşmeler, kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı olarak belirlenmiştir. Ek olarak, uluslararası işgücü politikasının belirlenmesinde ilgili kurum ve kuruluşların görüşleri de hesaba katılacaktır. Yabancıların çalışma izni almalarında, çalışma arzusunda bulundukları meslek ya da sanat dalındaki özel şartları da taşıyıp taşımadıkları gözetilir. Başka bir deyişle, özel kanunlardaki düzenlemeler de dikkate alınır.

UİK ile yabancıların çalışması hususunda farklı kategorik bir sınıflandırma yapılmıştır. Buna göre, birtakım yabancılar Türkiye'de çalışma izni almak suretiyle çalışabilecekken bir takım yabancılar çalışma izni almaktan muaf tutulmuşlardır. Ek olarak, Turkuaz Kart[71] uygulaması ile nitelikli yabancı işgücü bakımından özel düzenleme yapıldığı dikkat çekmektedir[72].

---

[68] UİK m.6/3 uyarınca, "*Diğer kanunlarda ya da Türkiye'nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı anlaşmalar veya uluslararası sözleşmelerde çalışma izni almadan çalışabileceği belirtilen yabancılar, bu Kanuna göre çalışma izni almadan çalışabilir ya da çalıştırılabilirler.*"

[69] 09.07.2018 t. ve 30473 S.lı RG.'de yayımlanan 703 sayılı "*Anayasa'da Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükümde Kararname*" uyarınca Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı "*Çalışma, Sosyal Hizmetler ve Aile Bakanlığı*" adı altında birleştirildi. Sonrasında, 10.08.2018 t. ve 30474 S.lı RG.'de yayımlanan 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin, altıncı kısım ikinci bölümünün Çalışma, Sosyal Hizmetler ve Aile Bakanlığı olan başlığı "*Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı*" olarak değiştirildi.

[70] **Doğan,** s.198; **Süzek, Sarper** (2018) İş Hukuku, Yenilenmiş 16. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, s.316-317; **Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal**, s.90-91; **Tuncay,** s.77.

[71] Turkuaz Kart, ilk defa UİK ile mevzuatımıza girmiştir. UİK m.3/1-ğ uyarınca Turkuaz Kart; "*yabancıya, Türkiye'de süresiz çalışma hakkı, mevzuat hükümlerine göre eş ve bakmakla yükümlü olduğu çocuklarına ise ikamet hakkı veren*" bir belgedir.

[72] **Doğan,** s.199; **Süzek,** s.319; **Çelikel/ Öztekin Gelgel,** s.188-189; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s.91; **Tuncay,** s.78.

c. Yapılacak İşin Yabancılara Yasaklanmaması

Yabancıların Türkiye'de çalışabilmelerinin bir diğer şartı da, yapılacak işin yabancılara yasaklanmış olmamasıdır[73]. Yabancılara yasak meslekler, ilgili kanunlarda ayrı ayrı düzenlenmektedir. Uluslararası İşgücü Müdürlüğü'nün internet sitesinde[74], kanunlarla Türk vatandaşlarına hasredilen ve yabancıların çalışmalarının yasak olduğu meslek ve görevler; diş tabipliği, dişçilik, hastabakıcılık, eczacılık, veterinerlik, özel hastanelerde sorumlu müdürlük, avukatlık, noterlik, özel güvenlik görevliliği, kara suları dahilinde balık, istiridye, midye, sünger, inci, mercan ihracı, dalgıçlık, arayıcılık, kılavuzluk, kaptanlık, çarkçılık, katiplik, tayfalık vb., gümrük müşavirliği, turist rehberliği olarak belirtilmiştir. Ancak, bu listede eksikler bulunmaktadır. Örneğin Devlet Memurları Kanunu (DMK) uyarınca, memurluğa alınmak için de Türk vatandaşı olma şartı aranmaktadır. Dolayısıyla, Türkiye'de yabancılar ancak kendileri için yasaklanmamış işlerde çalışma hakkını haizdirler.

C. MÜLTECİLERİN ÇALIŞMA HAKLARI

1.Genel Olarak

Mültecilerin çalışma hakkı ile ilgili olarak hem milletlerarası sözleşmelerde hem de mevzuatımızda hükümler bulunmaktadır. Mülteciler de sığındıkları ülkede yabancıdır[75]. Çalışma hakkı, uluslararası koruma kapsamında ülkede yasal olarak ikamet eden yabancılara da (mülteci, şartlı mülteci, ikincil koruma sahiplerine) sağlanmalıdır[76].

---

[73] **Ekşi,** s.244-245; **Tuncay,** s.99; **Süzek,** s.317; **Erken**, s.386-387.

[74] İnternet sitesi için bkz.<https://www.ailevecalisma.gov.tr/uigm/calisma-%C4%B0zni/yabancilara-yasak-meslekler/> s.e.t. 11.06.2019.

[75] **Odman,** s.17; **Ekşi,** s.41; **Çelikel/Öztekin Gelgel,** s.16; **Tuncay,** s.88; **Büyükçalık,** s.177; Konuya ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 2 HD., 08.02.2010, 19552/2037; "*Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca 28.7.1951 tarihinde kabul edilen 29.8.1961 tarihli 359 sayılı kanunla onaylanması uygun bulunan ve Bakanlar Kurulunun 5.9.1961 tarihli kararıyla onaylanan Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme hükümlerine göre, mülteciler bulundukları ülkede genel olarak yabancılara tanınan haklardan yararlanırlar.*" <https://mevzuatvekararlar.legalbank.net/arama> s.e.t. 24.10.2018.

[76] **Global Refugee Work Rights Report,** s.11; 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmaları esnasında ABD temsilcisi Louis Henkin çalışma hakkı olmadan diğer hakların anlamsız olduğunu belirtmiştir.

Mültecilerin çalışma hakları esas itibariyle 1951 Cenevre Sözleşmesi m.17-19'da düzenlenmiştir. Anılan Sözleşme'nin 24. maddesinde ise, mültecilerin sosyal güvenlik haklarına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

YUKK m.89/4'de uluslararası koruma başvurusunda bulunan ve bu statüyü haiz kimselerin iş piyasasına erişimi ile ilgili açık bir hükme yer verilmiştir. Bu hükmünün verdiği yetkiye dayalı olarak, uluslararası koruma başvuru ve uluslararası koruma statüsü sahibi kişilerin çalışmaları ile ilgili olarak hazırlanan "*Uluslararası Koruma Başvuru Sahibi ve Uluslararası Koruma Statüsü Sahibi Kişilerin Çalışmasına Dair Yönetmelik*"[77] 26.04.2016 tarihinde Resmî Gazetede yayımlanmış ve yürürlüğe girmiştir. Yönetmeliğin yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra da, UİK kabul edilmiştir. UİK, YUKK m.89'u yürürlükten kaldırmamıştır. Dolayısıyla, uluslararası koruma başvuru sahibi ve uluslararası koruma statüsü sahibi kişilerin Türkiye'de çalışmaları ile ilgili olarak YUKK ve UİK birlikte uygulanır[78].

Çalışma hakkına ilişkin olarak, YUKK ve UİK'daki düzenlemelerin ilgili kişileri statülerine göre tasnif etmesi, 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin coğrafi sınırlama ile kabul edilmesinin yansıması olarak görülmelidir[79].

2. Mülteci Statüsü Almak İçin Başvuran Yabancıların (Başvuru Sahiplerinin) Çalışma Hakları

YUKK m.89, "*yardım ve hizmetlere erişim*" başlığını taşımaktadır. Anılan maddenin iş piyasasına erişimle ilgili olan 4. fıkrası uyarınca, başvuru sahibi veya şartlı mülteci, çalışma izni almak için uluslararası koruma başvurusu tarihinden itibaren altı ay sonra başvurabilir. Başka bir deyişle, mülteci statüsü alma amacıyla başvuru yapan yabancı altı ay geçmedikçe, çalışma izni almak için başvuruda bulunamaz.

UİK m.17'de, uluslararası koruma kapsamındaki yabancıların Türkiye'de çalışmaları konusu düzenlenmiştir. Maddede uluslararası koruma kapsamındaki yabancılardan söz edilmekle beraber bu kapsamdaki tüm yabancı kişi grupları yer almamaktadır. UİK m.17, uluslararası koruma başvurusu sa-

---

77 26.04.2016 t. ve 29695 S.lı RG.

78 **Doğan,** s.219; **Ekşi,** s.228-230; **Çelikel/ Öztekin Gelgel,** s.205-206; **Tuncay,** s.84.

79 **Doğan,** s.219; **Ekşi,** s.191; **Tuncay,** s.84; **Büyükçalık**, s.221.

hibi, şartlı mülteci ve geçici koruma sağlanan yabancılara çalışma izni ve çalışma muafiyeti verilmesine ilişkin hususları düzenlemektedir[80]. Madde uyarınca başvuru sahipleri, uluslararası koruma başvurusu tarihinden altı ay sonra çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti almak için başvuruda bulunabilirler[81].

Böylece başvuru sahiplerinin çalışma hakları hususunda, YUKK ve UİK birbiriyle uyumlu düzenlemeleri barındırmaktadırlar. Başvuru sahipleri Türkiye'de yalnızca çalışma izni veya çalışma muafiyet belgesi almak suretiyle çalışabilirler[82].

UİK m.17/5'e göre, YUKK m.77 uyarınca uluslararası koruma başvurusunun geri çekilmesi veya geri çekilmiş sayılması, m.85 uyarınca uluslararası koruma statüsünün sona ermesi veya m.86 uyarınca uluslararası koruma statüsünün iptali halinde İçişleri Bakanlığının bildirimi üzerine verilmiş olan çalışma izni veya çalışma izni muafiyetleri AÇSHB tarafından iptal edilir.

3. Mülteci Statüsü Alan Yabancıların Çalışma Hakları

a.1951 Cenevre Sözleşmesi

1951 Cenevre Sözleşmesi'nin kabulü mültecilerin koruması bakımından oldukça önemlidir. Belirtildiği üzere, mülteci statüsü Avrupa'dan gelen ve sığınma talep eden yabancılara verilmektedir. Böylece, Sözleşme'nin çalışma hakkına ilişkin hükümleri yalnızca "*mülteci*" tanımını haiz yabancılar bakımından geçerlidir[83].

Uygulamada, devletlerin vatandaşlarını koruma gerekçesiyle yabancıların iş piyasasına erişim haklarına çeşitli sınırlamalar getirdikleri görülmektedir. İçinde bulundukları hassas durum ve kendi ülkelerinin korumasından yoksun

---

[80] Bu doğrultuda, başvuru sahipleri ve şartlı mülteciler ile mülteciler ve ikincil koruma statüsü sahipleri çalışma koşulları bakımından farklı düzenlemeye tabi tutulmuşlardır.

[81] **Doğan,** s.220-221; **Ekşi,** s.191; **Ekşi,** Uluslararası Koruma, s.213-214; **Çelikel/ Öztekin Gelgel,** s.206-207; **Tuncay,** s.89-90; **Karaağaç, Ömür** (2018) 'Yabancıların Türkiye'de Çalışmalarına İlişkin Temel Düzenleme Olarak Uluslararası İşgücü Kanununun Genel Değerlendirilmesi', Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:3, S:1, Ankara, s.113 – 114.

[82] Uluslararası koruma statüsü başvuru sahiplerine, UİK m.16/f uyarınca istisnai çalışma izni verilebilecektir. İstisna çalışma izni; Bakanlıkça belirlenen uluslararası işgücü politikası ile uyumlu olarak kanunen belirlenen, belirli nitelikleri haiz yabancılara, Kanunun çalışma izni başvuru usulüne, değerlendirme koşullarına ve sürelerine ilişkin hükümlerinin uygulanmasına birtakım istisnalar tanınarak çalışma izni verilmesi anlamına gelir.

[83] **Doğan,** s.11; **Ekşi,** Uluslararası Koruma, s.214; **Tuncay**, s.88-89; **Ergüven/ Özturanlı,** s.1034; **Öztürk,** Mülteci Kavramı, s. 938; **Büyükçalık,** Mülteci Hukuku Düzenlemeleri, s.56.

bulunmaları nedeniyle, çalışma hakkı konusunda yabancılar açısından geçerli olan sınırlamaların mültecilere uygulanmaması gerektiği savunulmaktadır[84].

1951 Cenevre Sözleşmesi'nin, "*Gelir Getirici İşler*" başlığını taşıyan 3. bölümünde çalışma hakkı kapsamına giren üç temel konu düzenlenmektedir. Sözleşmenin 17. maddesi "*ücretli çalışma*"[85], 18. maddesi "*kendi işinde çalışma*" ve 19. maddesi "*serbest meslek icra etme*" konularını düzenlemektedir[86].

i. Ücretli Çalışma

1951 Cenevre Sözleşmesi m.17'ye göre, "*Taraf Devletler, ülkelerinde yasal olarak ikamet eden her mülteciye, ücretli bir meslekte çalışma hakkı bakımından, aynı şartlar içinde yabancı bir memleketin vatandaşına uyguladıkları en müsait muameleyi uygulayacaklardır.*

Her halde ulusal işgücü piyasasını korumak amacıyla, yabancılara veya yabancıların çalıştırılmalarına konan sınırlama tedbirleri, bu Sözleşme'nin, ilgili Taraf Devlette yürürlüğe girdiği tarihte söz konusu tedbirlerden muaf tutulan veya aşağıdaki koşullardan birine sahip olan mültecilere uygulanmayacaktır:

a) Ülkede, üç yıl ikamet etmiş olmak;

b) İkamet ettiği, ülkenin vatandaşı olan bir kimse ile evli bulunmak; (Eşini terk etmiş olan bir mülteci bu hükümden istifadeyi iddia edemeyebilir)

c) İkamet ettiği, ülkenin vatandaşlığını taşıyan bir veya daha fazla çocuğu olmak.

Taraf Devletler, ücretli mesleklerde çalışmak bakımından bütün mültecilerin ve özellikle ülkelerine, bir işçi bulma programına yahut göçmen getirme planına göre girmiş olan mültecilerin haklarını, vatandaşlarına tanıdıkları çalışma haklarıyla aynı noktaya getirme konusuna sıcak bakacaklardır."

---

84 **Ekşi,** s.192-193; **Öztürk,** s.397; **Büyükçalık,** s.177.

85 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin ücretli meslekler başlığını taşıyan 17. maddesini, bağımlı çalışan başka bir deyişle işveren yanında ücretle çalışan mülteciler olarak yorumlamak doğru olacaktır. Başka bir deyişle "*ücretli çalışma*" kavramını, 18. maddede düzenlenen "*kendi işinde çalışma*" ve 19. maddede düzenlenen "*serbest meslek icra etme*" kavramlarını istisna tutarak tüm yasal istihdam türlerini kapsayacak şekilde ele almak yerinde olacaktır.

86 **Ekşi,** s.192-193; **Ekşi,** Uluslararası Koruma, s.214-217; **Tuncay,** s.88; **Büyükçalık,** s.183-187; **Gorlic, Brian** (2000) 'Human Rights and Refugees Enhancing Protection Through International Human Rights Law', Nordic Journal Of International Law, Netherlands, s.121, <www.heinonline.com> s.e.t. 20.09.2018.

Madde 17/1'de, ülkede yasal olarak ikamet eden mültecilerin gelir getirici işlerden faydalanma hakkının aynı şartlara sahip yabancılara sağlanan en müsait uygulamayla bağdaştırıldığı görülmektedir[87]. Ücretli işlerde çalışma hususunda, mültecilere sağlanan en müsait muamele genel olarak yabancılara sağlanan muameleden daha iyi koşulları taşımaktadır. Mülteciler, Sözleşmeye Taraf Devletlerde bir yabancı ülke vatandaşına sözleşme ya da uygulama ile sağlanan en iyi muameleden istifade etme hakkını haiz olacaklardır[88].

Madde 17/1'de belirtilen "*aynı koşullardaki*" kavramının ne ifade ettiği, Sözleşme'nin 6. maddesinde açıklanmaktadır[89]. Buna göre "*aynı koşullarla*" kavramı, bir mültecinin mülteci olmayan bir yabancının belli bir haktan faydalanması için sağlaması gerekli olan tüm şartları yerine getirmesi anlamına gelmektedir. Ancak niteliği gereği bir mültecinin gerçekleştirmesi mümkün olmayan şartlar, madde kapsamından ayrı tutulmuştur.[90].

Böylece, açıkça yabancılara uygulanan en müsait muameleden söz edilmesi karşısında, Türk mevzuatında yabancılara en geniş haklar tanıyan hükümler mültecilere de uygulanmalıdır. Türk Hukukunda Mavi Kart sahipleri ile Türk soylu yabancılara çalışma hakları bakımından imtiyazlı muamele tanınmıştır[91]. Bu doğrultuda anılan imtiyazlı muamelelere yer verilmesi ve bunların mültecilere uygulanıp uygulanamayacağı üzerinde durulması ihtiyacı doğmuştur

İlk olarak, mavi kart sahipleri ele alınmalıdır. 5901 sayılı TVK m.28 uyarınca, "*Doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve üçüncü dereceye kadar olan altsoyları, bu maddede belirtilen istisnalar dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edeceklerdir. Milli güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler*

---

87 **Ekşi,** s.192; **Ekşi,** Uluslararası Koruma, s.215-217; **Tuncay,** s.88; **Büyükçalık,** s.182-183**; Global Refugee Work Rights Report,** s.12.

88 **Ekşi,** s.192-193; **Ekşi,** Uluslararası Koruma, s.215; **Tuncay,** s.88; **Büyükçalık,** s.183; **Global Refugee Work Rights Report,** s.12.

89 Sözleşme m.6; "*Bu Sözleşme bakımından "aynı şartlarla" kavramı, belli bir kimsenin söz konusu bir haktan yararlanabilmesi için, özellikleri açısından bir mültecinin yerine getiremeyecekleri dışında, mülteci olmasaydı belli bir hakkı kullanmak için yerine getirmesi gereken bütün şartları (geçici yahut daimî ikamet süresine ve şartlarına ait olanlar dahil), kendisinin yerine getirmesi anlamını ima eder.*"

90 **Ekşi,** s.192-193; **Ekşi,** Uluslararası Koruma, s.220; **Büyükçalık,** s.183; **Global Refugee Work Rights Report,** s.12.

91 **Ekşi,** s.192-193; **Ekşi,** Uluslararası Koruma, s.220.

saklıdır." Bu doğrultuda, Türk vatandaşı olarak doğan ancak sonrasında İçişleri Bakanlığı'ndan izin alarak Türk vatandaşlığından çıkan kimselere verilen Mavi Kart, sahiplerine neredeyse Türk vatandaşları ile eşit haklara sahip olma imkânı tanımaktadır. Mavi Kartlılar, madde hükmünde belirtilen istisnalar haricinde, Türk vatandaşlarına sağlanan haklardan aynı şekilde faydalanırlar[92]. Bu haklar, elbette ki çalışma hakkını da kapsamaktadır. Ancak, söz konusu kişilerin sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklıdır[93]. TVK m.28/3 uyarınca ise Mart Kart sahipleri, bir kadroya dayalı ve kamu hukuku rejimine tabi olarak asli ve sürekli kamu hizmeti görevlerinde yer alamazlar. Kamu kurum ve kuruluşlarında işçi, geçici veya sözleşmeli personel olarak çalıştırılabilmeleri ise mümkündür.

Mavi kart sahiplerinin durumuna yer verdikten sonra, Türk soylu yabancıların durumuna değinilmelidir. 2527 sayılı "*Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanun*[94]" uyarınca, Türk soylular çalışma izni almak şartıyla Türkiye'de devlet memurluğu dahil her türlü meslek ve faaliyeti yerine getirebilirler. Ancak ulusal güvenlik gerekçesiyle, Türk silahlı kuvvetleri ve güvenlik teşkilatında yer alamazlar[95].

---

92 **Doğan,** s.16-18; **Ekşi,** s.193; **Ekşi,** Uluslararası Koruma, s.221-223; **Çelikel/ Öztekin Gelgel,** s.189; **Tuncay,** s. 94-95; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s.261.

93 Konuya ilişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurul Kararı için bkz. YHGK, 28.04.2010, 10-210/240; "*Her ne kadar 3201 sayılı Kanunun uygulama yönetmeliğinin 2. ve 6. maddeleri borçlanmanın kabul edilebilmesi için davalı kuruma başvuru tarihinde hak sahibinin Türk vatandaşı olma şartını aramış ise de; Anayasa, Türk Vatandaşlık Kanunu ve 3201 sayılı Kanunun amaç ve özü gözetilerek yukarıda açıklanan maddeler birlikte değerlendirildiğinde, Türk vatandaşlığından izinle çıkan ve borçlanma talep tarihinde Türk vatandaşlığını haiz olmayan davacıyı, Türk Vatandaşlık Kanunu'nun sosyal haklar bakımından vatandaş gibi kabul ettiği, ayrıca Türk vatandaşlığından izinle çıkmadan önce yurtdışında gerçekleşen çalışma sürelerine ilişkin borçlanma hakkının, Türk Vatandaşlık Kanunu ile kazanılmış hak sayılarak korunması ve Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanması gerektiği belirgindir.*" <https://mevzuatvekararlar.legalbank.net/arama> s.e.t. 26.10.2018.

94 29.09.1981 t. ve 17473 S.lı RG.

95 **Ekşi,** s.193; **Ekşi,** Uluslararası Koruma, s.220; **Tuncay,** s.95; **Şen,** s.22-23; Konuya ilişkin Danıştay kararı için bkz. Dn. 10. D., 09.03.2016, 390/1209; "*2527 sayılı Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanun'un 1. maddesinde, Kanunun amacı, Türkiye'de ikamet eden Türk soylu yabancıların ihtiyaç duyulan meslek ve sanatları serbestçe yapabilmelerine, Türk Silahlı Kuvvetleri ve Güvenlik Teşkilatı hariç olmak üzere kamu, özel kuruluş veya işyerlerinde bu meslek ve sanat dallarında çalıştırılabilmelerine olanak sağlamak olarak belirlenmiş; 3. maddesinde, Türk soylu yabancıların, yasalarda Türk vatandaşlarının yapabileceği*

Bu durumda, 5901 sayılı TVK'nın 28. maddesi ile 2527 sayılı Kanun, Türk yabancılar hukukunda yabancıların çalışma hakları açısından en müsait hükümler getiren düzenlemelerdir. Bir görüşe göre[96], mülteciler özellikle ülkeye girişleri ve ülkeden uzaklaştırılmaları hususunda uluslararası koruma kapsamında olmaları dolayısıyla, devletlerin uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükleri gerekçesiyle bir takım ayrıcalıklara sahiptirler. Bu doğrultuda, mültecilerin 1951 Cenevre Sözleşmesi m.17/1 karşısında imtiyazlı düzenlemelerden yararlandırılması uygun olacaktır. Örnek vermek gerekirse, AB üyesi devletler ilke olarak ülkelerinde bulunan mültecilere diğer AB vatandaşlarına çalışma hususunda temin ettikleri hakları aynı şekilde sağlamalıdırlar. Ancak burada mülteci tanımına dikkat çekilmekte ve Avrupa dışından gelenlere mülteci muamelesi yapılamayacağı vurgulamaktadır. Bir başka görüşe göre ise[97], Sözleşme m.17/1'in burada uygulanması söz konusu olmayacaktır. Taraf Devletlere mülteciye, ücretli bir meslekte çalışma hakkı bakımından, aynı şartlar içinde yabancı bir devletin vatandaşına uyguladığı en müsait muameleyi uygulama yükümlülüğü getirilmiştir. Mülteciler ile Mavi Kart sahipleri ve Türk soyu yabancılar ise aynı şartlar içerisinde bulunmamaktadırlar. Kanımızca da anılan hükümlerin mülteciler bakımından uygulanması mümkün olmayacaktır. Her ne kadar Sözleşme m.17/1'de ücretli bir meslekte çalışma hakkı bakımından, yabancı bir devlet vatandaşına uygulanan en müsait muamelenin mülteciye de uygulanması öngörülmüşse de bunun sınırı yine madde lafzında belirtilen "*aynı şartlar içinde"* kavramı ile çizilmiştir. Dolayısıyla, Mavi Kart sahipleri ve Türk soylu yabancılar için getirilen imtiyazlı düzenlemelerden mültecilerin yararlanması söz konusu olamayacaktır.

Madde 17/2, sığınma ülkesi ile sıkı irtibatlı olan mültecilere ayrıcalıklı muamele tanınmasını öngörmektedir. Buna göre bir mülteci, ülkede en az üç sene ikamet etmişse, ikamet ettiği ülkenin vatandaşı ile evli ise ya da ikamet ettiği ülkenin vatandaşlığını taşıyan en az bir çocuk sahibiyse ulusal işgücü piyasasını koruma amaçlı hükümlerden istisna tutulacaktır. Fıkrada anılan üç koşuldan birini sağlayan mülteci, vatandaşla eşit çalışma haklarını elde etmeyecek yalnızca işgücü piyasasını koruma amacıyla getirilen sınırlamalardan muaf

belirtilen meslek, sanat ve işlerde çalışabilme ve çalıştırılabilmeleri için, özel yasalarda aranan nitelikleri taşımak ve yükümlülükleri yerine getirmek şartıyla, bu Yasa ve Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanuna göre, İçişleri ve Dışişleri Bakanlıkları ile diğer ilgili bakanlık ve kuruluşların görüşleri alınarak izin verileceği düzenlenmiş; 7. maddesinde de, bu Yasaya göre kendilerine izin verilenlerin, izin süresince, ikamet ve çalışma ile ilgili yasaların öngördüğü Türk vatandaşı olma şartından istisna edileceği hükme bağlanmıştır." <https://mevzuat-vekararlar.legalbank.net/arama> s.e.t. 29.10.2018.

[96] **Öztürk,** s.397-398**; Büyükçalık**, s.183.

[97] **Ekşi,** s.192-193; **Ekşi,** Uluslararası Koruma, s.219-222.

tutulacaktır. Ulusal işgücü piyasasını koruma amacıyla getirilen sınırlamalara örnek olarak, öncelikli olarak işi yapmak isteyen vatandaşın bulunmadığının gösterilmesi kuralı verilebilir. Ulusal güvenlik nedeniyle getirilen sınırlamalar ise fıkra kapsamında yer almamaktadır. Bu nedenle savunma alanında çalışma, kamu görevlerine girme gibi vatandaşlara hasredilen düzenlemelerden mülteciler faydalanamaz[98].

Madde 17/3, Taraf Devletlere ücretli mesleklerde çalışma açısından mültecilerle, özellikle ülkelerinde bir işçi bulma programı ya da göçmen getirme planına göre bulunan mültecilerle, vatandaşa aynı hakların tanınması hususunu salık vermektedir. Burada Taraf Devletlere bir yükümlülük getirilmesinden ziyade bir tavsiyede bulunulmuştur.

ii. Kendi İşinde Çalışma

1951 Cenevre Sözleşmesi m.18'e göre, "*Taraf Devletler, ülkelerinde yasal olarak ikamet eden mültecilere, tarım, sanayi, küçük sanatlar ile ticaret sahalarında kendi işyerlerini açmak ve sanayi, ticari şirketler kurmak haklarıyla ilgili olarak, mümkün olduğu kadar müsait ve her halde genel olarak aynı şartlardaki yabancılara tanıdıklarından daha az müsait olmayan muameleyi uygulayacaklardır*." 18. madde, kendi işinde çalışma konusunda sığınma ülkesinde yasal olarak bulunan mültecilere, diğer yabancılarla aynı hakların tanınması hususunu öngörmektedir. Burada, ücretli işlerde çalışmaya göre daha sınırlı bir koruma mevcuttur. Mültecilere kendi işlerinde çalışma hususunda mümkün olduğu kadar müsait bir uygulamanın tedarik edilmesi gerekliliğinin de altı çizilmektedir. Bu hüküm Taraf Devletler açısından, mültecilerin kendi işlerinde çalışmalarının desteklenmesi ve mevcut sınırlamaların en aza indirgenmesi hususunda bir yükümlülük doğurmaktadır[99].

iii. Serbest Meslek İcra Etme

1951 Cenevre Sözleşmesi m.19'a göre, "*Her Taraf Devlet, ülkesinde yasal olarak ikamet eden ve bu Devletin yetkili makamlarınca tanınan diplomalara sahip olup bir ihtisas mesleğini icra etmek isteyen mültecilere, mümkün olduğu kadar müsait ve her halde aynı şartlar içindeki tüm yabancılara sağlanandan daha az müsait olmayan şekilde muamele uygulayacaktır. Taraf Devletler, bu gibi mültecilerin, anavatanları dışında, uluslararası ilişkilerini yürüttükleri ülkelere yerleşmelerini temin için, kanunlarına ve anayasalarına göre ellerinden gelen çabayı göstereceklerdir."* Mültecilerin serbest meslek icra edebilmeleri, bulundukları ülkede yasal olarak ikamet etmelerine bağlıdır. Serbest meslek, "*kişisel çalışmaya, bilimsel ve mesleki bilgiye, uzmanlığa dayanan ve bir işverene*

[98] **Ekşi,** Uluslararası Koruma, s. 215-216; **Büyükçalık,** s.183-184.
[99] **Ekşi,** Uluslararası Koruma, s.216-217; **Büyükçalık**, s.184-185.

bağlı olmaksızın kendi adına kazanç sağlamak için yapılan iş" anlamına gelmektedir[100]. Meslek terimi diploma[101] gibi belirli mesleğin icrası hakkını tanıyan resmi bir belgenin varlığını gerektirirken, serbest terimi meslek sahibinin bir işçi ya da devlet memuru olarak değil kendi başına iş gördüğünü belirtmektedir[102]. Dolayısıyla serbest mesleğe örnek olarak doktorluk, avukatlık, mühendislik, eczacılık, diş hekimliği gibi meslekler verilebilir. Serbest meslek icra etme hususunda mülteciler, yabancılarla aynı koşullara sahiptirler[103]. Böylece hüküm Taraf Devletlere serbest meslek icra etmeyi ve kendi işini kurmayı arzu eden mülteciler için, mevcut sınırlamaların en aza indirgenmesini bir yükümlülük olarak getirmektedir.

b. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu

YUKK m.89/4-b uyarınca, mülteci ve ikincil koruma statüsü sahibi kişiler, statü almalarından itibaren bağımlı veya bağımsız olarak çalışabilirler. Ancak yabancıların çalışamayacağı iş ve mesleklere ilişkin diğer mevzuatta yer alan hükümler saklıdır. Örneğin, yabancılar diş hekimi[104], noter[105], özel güvenlik görevlisi[106], devlet memuru[107] olamazlar. Mülteci veya ikincil koruma statüsü sahibi kişiye verilecek kimlik belgesi, çalışma izni yerine de geçer ve bu durum kimlik belgesine yazılır. Bu doğrultuda, mültecilerin AÇSHB'ndan çalışma izni

---

100 TDK Büyük Sözlük bkz. <http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_ bts&view=bts> s.e.t. 30.10.2018.

101 Mültecilerin serbest meslek icra edebilmeleri diplomalarının tanınmasına bağlıdır. Sözleşme'nin 22. maddesi buna ilişkin bir düzenleme içermektedir. Buna göre, "*Taraf Devletler, mültecilere, temel eğitimin dışındaki eğitim konusunda ve özellikle çalışmalardan yararlanma, yabancı ülke okullarından alınmış eğitim sertifikalarının, üniversite diplomalarının ve derecelerinin tanınması, harç ve resimlerden muafiyet ve eğitim bursları alanlarında mümkün olduğu kadar müsait ve her halde genel olarak aynı şartlar içindeki yabancılara tanınanlardan daha az müsait olmayan şekilde muamele edeceklerdir.*"

102 **Ekşi,** Uluslararası Koruma, s.217; **Büyükçalık,** s.185.

103 **Ekşi,** Uluslararası Koruma, s.217; **Büyükçalık,** s.185.

104 Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m.30'a göre; "*Türkiye Cumhuriyeti dahilinde dişçilik sanatını icra ve diş tabibi unvanını taşıyabilmek için Türk olmak ve Türkiye Darülfünunu Dişçi Mektebinden diploma almak lazımdır.*"

105 Noterlik Kanunu madde 1'de, noterliğin bir kamu hizmeti olduğu belirtilmiştir. Anılan Kanunun 7. maddesi uyarınca da noterlik stajına kabul şartlarından birisi Türk vatandaşı olmak şeklinde belirtilmiştir.

106 Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun madde 10'da özel güvenlik görevlisi olabilmek için Türk vatandaşı olma şartı aranmıştır.

107 DMK m.48 uyarınca, devlet memuru olabilmek için aranan şartlardan birisi Türk vatandaşı olmaktır.

almalarına lüzum bulunmamaktadır. Zira, mülteci statüsünü haiz kişilere verilen, ikamet izni yerine geçen "*uluslararası koruma statüsü sahibi kimlik belgesi*", belirtildiği üzere çalışma izni yerine de geçmektedir[108].

YUKK m.89/4-c'de, mültecilerin ve ikincil koruma statüsü sahiplerinin çalışma haklarının sınırlandırılabileceği de kabul edilmiştir. Buna göre, "*Mülteci ve ikincil koruma statüsü sahibinin iş piyasasına erişimi, iş piyasasındaki durum ve çalışma hayatındaki gelişmeler ile istihdama ilişkin sektörel ve ekonomik şartların gerekli kıldığı hâllerde, belirli bir süre için, tarım, sanayi veya hizmet sektörleri, belirli bir meslek, iş kolu veya mülki ve coğrafi alan itibarıyla sınırlandırılabilir. Ancak, Türkiye'de üç yıl ikamet eden veya Türk vatandaşıyla evli olan ya da Türk vatandaşı çocuğu olan mülteci ve ikincil koruma statüsü sahipleri için bu sınırlamalar uygulanmaz*". Bu istisna hüküm, 1951 Cenevre Sözleşmesi m.17/2 ile uyum arz etmektedir.

"*Uluslararası Koruma Başvuru Sahibi ve Uluslararası Koruma Statüsü Sahibi Kişilerin Çalışmasına Dair Yönetmelik*" m.4 ile de yukarıda belirtilen hususlar yinelenmiştir. Buna göre, mülteci veya ikincil koruma statüsü sahibi kişilerin statü almalarından itibaren bağımlı veya bağımsız olarak çalışabilmeleri mümkündür. Mülteci veya ikinci koruma statüsü sahibi kimsenin kimlik belgesi, çalışma izni yerine geçer ve bu durum kimlik belgesinde belirtilir.

c. Uluslararası İşgücü Kanunu

UİK m.12/1 uyarınca, UİK hükümleri doğrultusunda verilen çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti YUKK m.27'ye[109] göre ikamet izni yerine geçer. Ancak mülteci ya da ikincil koruma statüsü dışında yabancının herhangi bir sebeple ikamet izni bulunması ona çalışma hakkı tanımaz. Başka bir deyişle, mülteci veya ikincil koruma statüsü sahibi dışındakiler açısından ikamet izinleri çalışma izni yerine geçmez. YUKK ve UİK konu hakkında paralel düzenlemeler içermektedir[110].

---

[108] **Doğan,** s.219-220; **Ekşi,** s.229; **Ekşi,** Uluslararası Koruma, s.224; **Çelikel/ Öztekin Gelgel,** s.206; **Tuncay,** s.89.

[109] YUKK m.27; "*Geçerli çalışma izni ile 27/2/2003 tarihli ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun 10 uncu maddesine istinaden verilen Çalışma İzni Muafiyet Teyit Belgesi, ikamet izni sayılır.*"

[110] **Doğan,** s.219-220; **Çelikel/Öztekin Gelgel,** s.206; **Karaağaç**, s.113-114.

UİK m.17/5-a'ya göre, mülteci ya da ikincil koruma statüsü sahibi kişilerin statülerini kaybetmeleri halinde, İçişleri Bakanlığı'nın bildirimi üzerine çalışma izinleri ya da çalışma izni muafiyetleri de AÇSHB tarafından iptal edilecektir.

UİK m.17/6 uyarınca, uluslararası koruma statüsü sahibi yabancıların çalışma koşulları, çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti başvuruları il, süre, sektör, işkolu, iş ve meslek bakımından Göç Politikaları Kurulu kararları ve AÇSHB'nın uluslararası işgücü politikası göz önünde tutularak uygulanır ve sınırlandırılabilir. Buna ilişkin usul ve esaslar İçişleri Bakanlığının görüşü alınarak AÇSHB tarafından belirlenir.

III. SOSYAL GÜVENLİK HAKKI

A. GENEL OLARAK SOSYAL GÜVENLİK HAKKI

Sosyal güvenlik hakkı, temel bir insan hakkı olarak kabul görmektedir[111]. Dolayısıyla, bu hak kişinin elinden alınamaz ve bu haktan vazgeçilemez[112]. İHEB m.22 uyarınca, "*Her şahsın, cemiyetin bir üyesi olmak itibariyle, sosyal güvenliğe hakkı vardır; haysiyeti için ve şahsiyetinin serbestçe gelişmesi için za-*

[111] **Arıcı, Kadir** (2015) Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara, Gazi Kitabevi, s.84-85; **Tuncay, A. Can/ Ekmekçi, Ömer** (2017) Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 19uncu Bası, İstanbul, Beta Yayınları, s.97-100; **Uşan, M. Fatih** (2009) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, s.37; **Atalı, Murat** (2014) 'Hizmet Tespit Davasının Sosyal Güvenlik Kurumuna İhbarı', Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, C:16, Özel Sayı, s.637; **Korkusuz, Refik/Uğur, Suat** (2016) Sosyal Güvenlik Hukuku, Son Mevzuata Göre Geliştirilerek Güncellenmiş 5. Baskı, Bursa, Ekin Yayınları, s.28.

[112] Konuya ilişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı için bkz. YHGK, 15.02.2017, 1084/248;"*Sosyal güvenlik hakkı niteliği itibariyle ekonomik ve sosyal haklar arasında yer alan bir hak olmakla birlikte, insan haklarına dair bütün milletlerarası belgelerde kabul edilen bir insan hakkıdır. Ekonomik ve sosyal bir hak olarak sosyal güvenlik hakkı devlete bu hakkı hayata geçirmek için gereken tedbirleri almak ve teşkilatı kurmak gibi yükümlülük yükler. Sosyal güvenlik hakkının vazgeçilmez ve devredilmez nitelikli temel insan haklarından olduğu başta Anayasa olmak üzere mevzuat hükümlerinde yer aldığı gibi, uyuşmazlıkların çözümü nedeniyle verilen yargısal kararlardaki genel bir yaklaşımı da ifade etmektedir. 1982 Anayasasının 12. maddesinde herkesin kişiliğine bağlı dokunulamaz, devredilemez, vazgeçilemez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu, 60. madde de ise herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu hükmüne yer verilmiştir. Bu iki hükmü birlikte değerlendirilecek olursa sosyal güvenlik hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı dokunulamaz ve feragat edilmez bir hak olduğu sonucuna ulaşılır."* <https://mevzuatvekararlar.legalbank.net/arama> s.e.t. 24.10.2018.

ruri olan ekonomik, sosyal ve kültürel hakların milli gayret ve milletlerarası işbirliği yoluyla ve her devletin teşkilatı ve kaynaklarıyla mütenasip olarak gerçekleştirilmesine hakkı vardır." Ekonomik ve sosyal haklar arasında yer verilen sosyal güvenlik hakkı, Anayasa ile de güvence altına alınmıştır. Anayasa m.60 uyarınca, "*Herkes sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar*." Buna göre Anayasal bir hak olan ve talep hakkı oluşturan sosyal güvenlik hakkı, aynı zamanda devlete de birtakım görevler yüklemektedir. Başka bir deyişle, devlete aktif davranma borcu yükleyen sosyal güvenlik hakkı, tıpkı çalışma, iş edinme, eğitim, sağlık hakkı gibi bireyin pozitif statü hakları arasında yer almaktadır. Sosyal güvenlik hakkına yalnızca vatandaşlara yönelik bir hak olarak yer verilmemiştir. Zaten sosyal güvenliğin bir insan hakkı olarak benimsenmesi, vatandaş dışındaki kimselere yani yabancılara dolayısıyla mültecilere de bu hakkın sağlanmasını gerektirmektedir[113].

B. MÜLTECİLERİN SOSYAL GÜVENLİK HAKLARI

1. 1951 Cenevre Sözleşmesi

1951 Cenevre Sözleşmesi m.24, "*sosyal durum*" başlığını taşımakta ve çalışma şartları ile mültecinin sosyal güvenlik haklarını düzenlemektedir[114]. Çalışma şartları ile ilgili meselelerde, mülteciye vatandaşla eş muamelede bulunulması gerekliliğinin altı çizilmiştir. Madde 24/1-a'ya göre, "*…aile yardımları da dahil, işçi istihkakları, çalışma müddeti, munzam çalışma saatleri, ücretli tatil, evde çalışmaya ait tahditler, çalışmaya başlama yaşı, çıraklık ve mesleki yetiştirme, kadınların ve gençlerin çalışması, kollektif iş mukaveleleri ile bahşolunan menfaatler bakımından…*" ülkede yasal olarak bulunan mültecilere, vatandaşla

---

[113] **Arıcı,** s.84-85; **Tuncay/Ekmekçi,** s.97-100; **Uşan,** Sosyal Güvenlik, s.34-37; **Atalı,** s.637; **Korkusuz/Uğur,** s.44; **Öztürk,** s.397.

[114] 22.09.2006 t. ve 5547 S.lı kanunla onaylanan Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın (GGASŞ) Eki uyarınca; "*Her Taraf, 28 Temmuz 1951'de Cenevre'de imzalanan Mültecilerin Statüsüne ilişkin Sözleşmede ve 31 Ocak 1967 tarihli Protokolde tanımlanan ve ülkesinde yasal olarak bulunan mültecilere, olabildiğince lehte ve her halde Tarafın yukarıda belirtilen sözleşme ve bu mültecilere uygulanabilecek olan diğer uluslararası belgelerle üstlenmiş olduğu yükümlülüklerden daha az olmamak üzere lehte muamelede bulunacaktır."* Bu doğrultuda, çalışma hakkı hususunda GGASŞ'na Taraf Devletler, 1951 Cenevre Sözleşmesi'nde belirtilen hükümlerle bağlı olacak, mülteciler de kendilerine Sözleşme ile sağlanan çalışma haklarını GGASŞ'da belirtilen denetim ve şikâyet mekanizmaları vasıtasıyla arayabileceklerdir.

eşit muamele edilecektir[115]. Madde 24/2 uyarınca, mültecinin çalışması neticesinde uğradığı bir iş kazası veya meslek hastalığı sonucunda ölmesi durumunda, tazminat hakkı kişinin ülke dışında ikamet etmesi dolayısıyla sekteye uğramayacaktır. Madde 24/3 uyarınca, sosyal güvenlik açısından kazanılmış yahut kazanılmakta olan haklara ilişkin Taraf Devletlerin yaptıkları antlaşmalardan mülteciler de antlaşmayı imzalayan devlet vatandaşı ile aynı şartları taşımaları halinde istifade edeceklerdir. Madde 24/4 Taraf Devletlere, Sözleşmeye taraf olmayan devletlerle yaptıkları antlaşmaları da mümkün olduğunca mültecilerin istifadesine açmaları hususunu salık vermiştir. Böylece, iki veya çok taraflı sosyal güvenlik antlaşmalarında tanınan haklardan mültecilerin de yararlandırılması hedeflenmiştir[116].

2. Sosyal Sigortalar ve Sağlık Genel Sigortası Kanunu

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu[117]'nun (SSGSSK) tanımlara ilişkin 3. maddesinin 27. paragrafı YUKK m.123/8-a ile değiştirilmiştir. Buna göre, "*Uluslararası koruma başvurusu veya statüsü sahibi*

---

[115] **Ekşi,** Uluslararası Koruma, s.218; **Tuncay/Ekmekçi,** s.300; **Büyükçalık,** s.186; Konuya ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 10. HD., 24.04.2003, 1898/3807; "*Anayasanın 90.maddesinin son fıkrası hükmüne göre usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş olan uluslararası sözleşmeler kanun hükmündedir. Her ne kadar tahsis talep tarihi itibariyle yürürlükte bulunan 1479 sayılı Kanunun 24/II-b maddesi hükmüne göre Türk soylu olmayan davacının Bağ-Kur sigortalısı olması mümkün değilse de, Türkiye Büyük Millet Meclisince çıkarılan kanunla onaylanarak yürürlüğe giren ve böylece iç hukuk kuralı haline gelen Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşmenin (R.G. 5.09.1961 tarih ve 10898) 24. maddesinde mültecilere sosyal sigortaya (yaşlılık sigortası buna dahildir) ilişkin yasal hükümlerin aynen uygulanacağı, keza aynı doğrultudaki Vatandaşla, Vatandaş Olmayan Kimselere Sosyal Güvenlik Konusunda Eşit Muamele Yapılması Hakkında 118 sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesinin (Resmi Gazete 10.08.1971 – 13922) 3 ve 10. maddelerinde mütekabiliyet şartı aranmaksızın mültecilere sosyal güvenlik hakkı tanınacağına dair hükümler karşısında aksi yönce düzenleme içeren 1479 sayılı Kanunun 24/II-b maddesi hükmünün göz ardı edilerek uygulama önceliği bulunan uluslararası sözleşme hükümlerinin davaya uygulanarak, mülteci olan davacıya Kanunun 35. maddesi şartları oluştuğunda yaşlılık aylığı bağlanması gerekir."* <https://mevzuatvekararlar.legalbank.net/arama> s.e.t. 19.09.2018.

[116] **Ekşi,** Uluslararası Koruma, s.219; Türkiye tarafından da 23.07.1976 t. ve 15655 S.lı RG. ile onaylanarak yürürlüğe konulan Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesi m.4/1 uyarınca, Taraf Devletlerden birinin ülkesinde ikamet eden mülteciler veya vatansız kişiler ile bunların aile bireyleri ve hayatta olan hak sahibi kimseler Sözleşmenin kapsamından istifade edebileceklerdir.

[117] 16.06.2006 t. 26200 S.lı RG.

ve vatansız kişi, İçişleri Bakanlığı tarafından başvuru sahibi, mülteci, ikincil koruma veya şartlı mülteci statüsü sahibi veya vatansız olarak tanınan kişileri" ifade eder.

UİK m.22/2 uyarınca, "*Çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti alan yabancılar ile yabancı çalıştıran işverenler, sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan yükümlülüklerini kanuni süresi içinde 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu hükümlerine göre yerine getirirler."* UİK kapsamında Türkiye'de çalışan yabancılar ve yabancı çalıştıran işverenlerde 5510 sayılı SSGSSK'ndan doğan yükümlülükleri yerine getirmek mecburiyetindedirler[118]. Zorunlu sigorta açısından yabancılık, herhangi bir mâni oluşturmaz. Böylece, kural olarak yabancılar da Türkiye'de zorunlu sigorta kapsamındadırlar[119].

"*Uluslararası Koruma Başvuru Sahibi ve Uluslararası Koruma Statüsü Sahibi Kişilerin Çalışmasına Dair Yönetmelik*" m.23 uyarınca da çalışma izni alan yabancılar ile yabancı çalıştıran işverenler, sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirirler. Bu yükümlülüğü ihlal edenler hakkında 5510 sayılı SSGSSK hükümleri uyarınca idari yaptırım uygulanır.

5510 sayılı SSGSSK m.60'da genel sağlık sigortalısı sayılanlar düzenlenmektedir. Anılan maddede, ikametgâhı Türkiye'de olan uluslararası koruma başvurusu veya statüsü sahibi kişilerin genel sağlık sigortalısı sayılacağı ifade

---

[118] **Doğan,** s.236-237; **Ekşi,** Uluslararası Koruma, s.234-235; **Arıcı,** s.225-226; **Uşan,** Sosyal Güvenlik, s.80-81; **Tuncay/Ekmekçi,** s.299-300; **Çelikel/Öztekin Gelgel,** s.299-302; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s.261; Konuya ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 10. HD., 16.01.2014, 14038/327; "*506 sayılı Yasa bakımından; 06.08.2003 tarihinden önce, yabancıların Türkiye'de herhangi bir işveren nezdinde çalışmaları durumunda, kısa vadeli sigorta kollarına tabi tutulmaları esas, uzun vadeli sigorta kollarına tabi olmaları ise istisna olarak öngörülmüş olup, çalışanların kuruma başvuruları ve talepleri halinde uzun vadeli sigorta kollarına tabi olmaları mümkün olabiliyor iken, 06.08.2003 tarihinden sonra 4958 sayılı Yasa değişikliği ile bu durum ortadan kaldırılmış, yabancıların istek veya başvurusu aranmaksızın tüm sigorta kollarına tabi olmaları esası getirilmiştir.*" <https://mevzuatvekararlar.legalbank.net/arama> s.e.t. 25.10.2018.

[119] Zorunlu sigortalılığın istisnaları 5510 sayılı SSGSSK m.6'da belirtilmiştir. SSGSSK m.6/I-e uyarınca, "*Uluslararası sosyal güvenlik sözleşmeleri hükümleri saklı kalmak kaydıyla; yabancı bir ülkede kurulu herhangi bir kuruluş tarafından ve o kuruluş adına ve hesabına Türkiye'ye üç ayı geçmemek üzere bir iş için gönderilen ve yabancı ülkede sosyal sigortaya tabi olduğunu belgeleyen kişiler ile Türkiye'de kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan, yurt dışında ikamet eden ve o ülke sosyal güvenlik mevzuatına tabi olanlar"* sigortalı sayılmayacaklardır.

edilmektedir. Başka bir deyişle, zorunlu sigorta kapsamında yer alan yabancıların genel sağlık sigortalısı olabilmeleri Türkiye'de ikamet etmeleri koşuluna bağlı kılınmıştır. SSGSSK m.61/1-b'de uluslararası koruma başvurusu veya statüsü sahibi kimselerin sigortalılığının başlangıcı özel düzenlemeye tabi tutulmuştur. Bu kişiler uluslararası koruma başvurusu yaptıkları veya uluslararası koruma statüsü aldıkları tarihten itibaren genel sağlık sigortalısı sayılır ve kapsama alındıkları tarihten itibaren bir ay içerisinde Kuruma bildirilirler.

5510 sayılı SSGSSK m.50 uyarınca, yabancıların isteğe bağlı sigortalı olmaları da mümkündür. İsteğe bağlı sigorta; kişilerin isteğe bağlı olarak prim ödemek suretiyle uzun vadeli sigorta kollarına ve genel sağlık sigortasına tâbi olmalarını sağlayan sigortadır. Buna göre, yabancılar isteğe bağlı prim ödeyerek maddede gösterilen belirli şartları[120] haiz olmaları koşuluyla uzun vadeli sigorta kollarına ve genel sağlık sigortasına tabi olabilirler. SSGSSK m.52/2 uyarınca, isteğe bağlı sigortalı sayılan yabancıların, aynı zamanda genel sağlık sigortasından yararlanabilmeleri Türkiye'de en az bir yıldan beri yerleşik olmaları koşuluna bağlıdır[121].

Yabancılar için geçerli olan anılan düzenlemeler, yabancı statüsünü haiz olan ve uluslararası koruma çerçevesi altında bulunan mültecileri de kapsamına almaktadır.

---

[120] SSGSSK m.50/2; "*İsteğe bağlı sigortalı olabilmek için Türkiye'de ikamet edenler ile Türkiye'de ikamet etmekte iken sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkelerdeki Türk vatandaşlarından;*

a) Bu Kanuna tâbi zorunlu sigortalı olmayı gerektirecek şekilde çalışmamak veya sigortalı olarak çalışmakla birlikte ay içerisinde 30 günden az çalışmak ya da tam gün çalışmamak,

b) Kendi sigortalılığı nedeniyle aylık bağlanmamış olmak,

c) 18 yaşını doldurmuş bulunmak,

d) İsteğe bağlı sigorta talep dilekçesiyle Kuruma başvuruda bulunmak,

şartları aranır."

[121] Konuya ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 10. HD, 26.09.2013, 1120/17542; "*İsteğe bağlı sigortalı olanlar, bakmakla yükümlü olunan kişi olsa dahi, 60. maddenin 1. fıkrasının (b) bendi kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılır ve genel sağlık sigortası primini de ödemekle yükümlüdürler. Yabancı ülke vatandaşlarından Türkiye'de yerleşik olma hali bir yılı doldurmadıkça genel sağlık sigortası primi alınmaz ve bu kişiler genel sağlık sigortalısı sayılmaz.*"
<https://mevzuatvekararlar.legalbank.net/arama> s.e.t. 31.10.2018; 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu m.60/7'ye göre, üniversitelerde öğrenim gören yabancı uyruklu öğrencilerde öğrenimleri devam ettiği müddetçe ve isteğe bağlı sigortalılığın koşullarını sağlamaları halinde Türkiye'de en az bir yıldan beri yerleşik bulunma şartı aranmayacaktır.

SONUÇ

Uluslararası koruma kavramı, kişinin vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu devletin korumasından faydalanmasının mümkün olmadığı durumlarda gündeme gelmektedir. YUKK m.3/1-r uyarınca, uluslararası korumanın kapsamına "*mülteci*", "*şartlı mülteci*", veya "*ikincil koruma*" statüsü sahipleri girmektedir. Sığınma talep eden yabancıları belirtmek amacıyla sıklıkla "*mülteci*" kavramının kullanılması, mülteci kavramı üzerinde durulduktan sonra belirtilen diğer kavramların da açıklanmasını ve farklılıklarının ortaya koyulmasını gerektirmiştir.

Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin 1951 Cenevre Sözleşmesi ve Sözleşme'ye ek 1967 New York Protokolü mültecilere ilişkin temel düzenlemeler olarak kabul görmektedirler. Mülteciler, serbest iradeleri ile ülkelerinden ayrılmayı tercih etmeyen fakat belirli sebeplere dayanan zulüm korkusu neticesinde vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu devleti terk edip başka bir ülkeye geçici olarak sığınmak mecburiyetinde kalan kimselerdir. Türkiye, 1967 New York Protokolünü onaylarken coğrafi sınırlamayı kabul etmiş ve sadece Avrupa'da cereyan eden hadiseler dolayısıyla ülkemize sığınmak mecburiyetinde kalan kimseleri mülteci olarak benimsemiştir.

Bir insan hakkı olarak görülen ve temel hak ve hürriyetler arasında yer alan çalışma hakkı, uluslararası ve ulusal düzenlemelerle koruma altına alınmıştır. Bu doğrultuda, vatandaş -yabancı ayrımı gözetilmeksizin herkes çalışma hakkına sahiptir. Buna karşılık, yabancıların hak ve özgürlükleri konusunda, neredeyse her devletin kendine özgü sınırlar çizdiği gözlemlenmektedir. Böylece, kamu düzeni, kamu yararı, kamu sağlığı, ulusal işgücü politikası gibi gerekçelerle devletler, yabancıların çalışma hakları hususunda bir takım sınırlamalar yapmaktadır. Ancak, çalışma hakkının sınırlanması uluslararası hukuka uygun olmalı ve kanunla yapılmalıdır.

Yabancıların çalışması ile ilgili mevzuat yakın zamanda değişikliğe uğramıştır. 4817 sayılı YÇİHK yürürlükten kaldırılmış ve "*28.07.2016 tarih ve 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu*" yürürlüğe girmiştir. Buna göre, yabancıların Türkiye'de çalışma haklarını kullanabilmeleri; Türkiye'ye giriş şartlarını taşımaları, çalışma izni almaları ve yapılacak işin yabancılara yasaklanmaması koşullarına bağlı tutulmuştur.

Belirttiğimiz üzere, 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin çalışma hakkına ilişkin hükümleri yalnızca "*mülteci*" tanımını haiz yabancılar bakımından söz konusu olmaktadır. 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin, "*Gelir Getirici İşler*" başlığını taşıyan

3. bölümünde çalışma hakkı kapsamına giren üç temel konu düzenlenmektedir. Sözleşmenin 17. maddesi "*ücretli çalışma*", 18. maddesi "*kendi işinde çalışma*" ve 19. maddesi "*serbest meslek icra etme*" konularını düzenlemektedir.

YUKK m.89/4 uyarınca, mülteciler statü almalarından itibaren bağımlı veya bağımsız olarak çalışabilirler. Ancak yabancıların çalışamayacağı iş ve mesleklere ilişkin diğer mevzuatta yer alan hükümler ayrı tutulmaktadır. Mülteciye verilecek kimlik belgesi, çalışma izni yerine de geçer ve bu durum kimlik belgesine yazılır. UİK m.12/1 uyarınca ise, mülteci ya da ikincil koruma statüsü dışında yabancının herhangi bir sebeple ikamet izni bulunması ona çalışma hakkı tanımaz. YUKK ve UİK, konu hakkında paralel düzenlemeleri barındırmaktadır. Böylece, mültecilerin AÇSHB'ndan çalışma izni almalarına lüzum bulunmamaktadır. Mülteci statüsüne sahip kişilere verilen, ikamet izni yerine geçen "*uluslararası koruma statüsü sahibi kimlik belgesi*", çalışma izni yerine de geçmektedir. Ancak YUKK m.89/4, belirli durumlarda mültecilerin çalışma hakkının sınırlandırılabileceğini de düzenlemektedir.

Mültecilerin sosyal güvenlik hakları da vatandaştan ayrı tutulmamıştır. 1951 Cenevre Sözleşmesi m.24, çalışma şartları ve mültecinin sosyal güvenlik hakkını düzenlemektedir. Çalışma şartlarına ilişkin meselelerde mülteci ile vatandaşa eş muamele yapılması gerekliliği belirtilmiştir. Ek olarak, iki veya çok taraflı sosyal güvenlik antlaşmalarında tanınan haklardan mültecilerin de yararlandırılması hedeflenmiştir. Uluslararası ve ulusal düzenlemeler uyarınca, vatandaş - yabancı ayrımı yapılmaksızın herkes sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Yabancı statüsü altında bulunan mülteciler de, temel bir insan hakkı olan sosyal güvenlik hakkından yararlanırlar.

KAYNAKLAR[123]

Arıcı, Kadir (2015) Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara, Gazi Kitabevi.

Asar, Aydoğan (2018) Yabancılar Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.

Atalı, Murat (2014) 'Hizmet Tespit Davasının Sosyal Güvenlik Kurumuna İhbarı', Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:16, Özel Sayı, s.631 – 652.

Aydınlı, Ogün Erşan (2018) Mülteci Statüsünün Belirli Bir Sosyal Gruba Mensubiyet Nedeniyle Tanınması, Ankara, Yetkin Yayınları.

Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (2013) Mültecilerin Statüsüne İlişkin 1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolü Çerçevesinde Mülteci Statüsünün Belirlenmesinde Uygulanacak Ölçütler ve Usuller Hakkında El Kitabı, <http://www.refworld.org/cgibin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=55fa66404>

Brumar, **Catrinel** (2009) 'Definition of Refugee in International Law: Challenges of the Present Times', Lex ET Scienta Juridical Series, C:1, s.250-258. <www.heinonline.com>

Büyükçalık, Mürvet Ece (2015) Mülteci Hukukunun Gelişimi ve Türkiye'de Mültecilerin Sosyal Hakları, İstanbul, On İki Levha Yayınları.

Büyükçalık, Mürvet Ece (2014) 'İsveç ve Türk Mülteci Hukuku Düzenlemelerinin Karşılaştırılması', Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S:9, s.53-90. **(Mülteci Hukuku Düzenlemeleri)**

Council of the European Union (2004) Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or Stateless Persons as Refugees or as Persons Who Otherwise Need International Protection and the Content of the Protection Granted, <http://www.refworld.org/docid/4157e75e4.html>

Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat (2018) İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 31. Bası, İstanbul, Beta Yayınları.

Çelikel, Aysel/Öztekin Gelgel, Günseli (2017) Yabancılar Hukuku, Yenilenmiş 23. Bası, İstanbul, Beta Yayınları.

[123] Yollama yapılırken kullanılan kısaltmalar parantez içerisinde gösterilmiştir.

Das, Bharat B. (2005) 'A Refugee's Problem – Humanitarian Approach', ISIL Year Book of International Humanitarian and Refugee Law, s.193–214. <www.heinonline.com>

Demir, Fevzi (2014) 'Çalışma Hakkı Kavramı ve Hukuki Niteliği', Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu VI, İstanbul, Petrol – İş Yayınları, s.131-156.

Doğan, Vahit (2018) Türk Yabancılar Hukuku, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi.

Elçin, Doğa (2016) 'Türkiye'de Bulunan Suriyelilere Uygulanan Geçici Koruma Statüsü 2001/55 Sayılı Avrupa Konseyi Yönergesi İle Geçici Koruma Yönetmeliği Arasındaki Benzerlik ve Farklılıklar', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:124, s.9-80.

Ekşi, Nuray (2018) Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, KHK-703 ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine Göre Hazırlanmış, 5. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.

Ekşi, Nuray (2016) 'Uluslararası Koruma Başvuru Sahipleri ile Uluslararası Koruma Statüsü Alan Yabancıların Türkiye'de Çalışma Hakları', Prof. Dr. M. İlhan Ulusan'a Armağan, C:III, s.209–238. **(Uluslararası Koruma)**

Ekşi, Nuray (2016) 'Suriyeliler Örneği Işığında Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma Hakları', Legal Hukuk Dergisi, C:14, S:158, s.591 – 604. **(Geçici Koruma)**

Ekşi, Nuray (2012) 'Türkiye'de Bulunan Suriyelilerin Hukuki Statüsü', Legal Hukuk Dergisi, C:10, S:119, s.3-22. **(Suriyelilerin Hukuki Statüsü)**

Ergin, Berkiye Gizem (2018) 'Yabancıların Türkiye'de Çalışma İzinleri Hakkında Kanuni Düzenlemeler', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:135, s.119-150.

Ergin, Hediye (2017) Türk Hukukunda Yabancıların Çalışma İzinleri, İstanbul, Beta Yayınları.

Ergüven, Nasıh Sarp/Özturanlı, Beyza (2013) 'Uluslararası Mülteci Hukuku ve Türkiye', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:62, S:4, 2013, s.1007-1061.

Erken, Baki (2016) 'Uluslararası İşgücü Kanunu Çerçevesinde Türkiye'de Yabancıların Çalışması', TİSK Akademi, C:11, S:22, s.380-405.

Global Refugee Work Rights Report (2014), s.1-46, <http://asylumaccess.org/work/reports/> s. e.t. 29.10.2018.

Glynn, **Irial** (2012) 'The Genesis and Development of Article 1 of the 1951 Refugee Convention', Journal of Refugee Studies, C:25, s.134-148. <www.heinonline.com>

Gorlic, Brian (2000) 'Human Rights and Refugees Enhancing Protection Through International Human Rights Law', Nordic Journal Of International Law, Netherlands, s.117-177. <www.heinonline.com>

Hathaway, James C. (1997) 'The Meaning of Pepatriation', International Journal of Refugee Law, C:9, s.551-558.

Karaağaç, Ömür (2018) 'Yabancıların Türkiye'de Çalışmalarına İlişkin Temel Düzenleme Olarak Uluslararası İşgücü Kanununun Genel Değerlendirilmesi', Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:3, S:1, Ankara.

Kaya, Pir Ali/Ertuğrul Yılmazer, Işın Ulaş (2016) 'Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Çalışma Hakkı', Sosyal Siyaset Konferansları, S:70, s.55-80.

Konuk Sommer, Bahar/Kavlak, Bengül (2017) 'Mültecilerin Sağlık Hakkının Uluslararası Belgeler ve Türk Hukukundaki Düzenlemeler Işığında Değerlendirilmesi', Legal Hukuk Dergisi, C:15, S:177, s.4281 – 4315.

Korkusuz, Refik/Uğur, Suat (2016) Sosyal Güvenlik Hukuku, Son Mevzuata Göre Geliştirilerek Güncellenmiş 5. Baskı, Bursa, Ekin Yayınları.

Odman, Tevfik (2004) 'Mülteci Hukukunda Uluslararası Düzenlemeler ve Uluslararası Standartlar', Türk Mülteci Hukuku ve Uygulamadaki Gelişmeler, İstanbul Barosu Yayınları, s. 17-56.

Martin, Suzan F. (2016) 'The Global Refugee Crisis', Georgetown Journal of International Affairs, C:XVII, s.5 -11. <www.heionline.com>

Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş (2018) İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Lykeion Yayınları.

Öztürk, Neva Övünç (2015) Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi, Ankara, Seçkin Yayınları.

Öztürk, Neva Övünç (2012) 'Uluslararası Hukuktaki Mülteci Tanımının Mülteci Kavramı ve Tanımın Oluşum Süreci Açısından Değerlendirilmesi', Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan, Ankara, Yetkin Yayınları, s.918-950. **(Mülteci Kavramı)**

Öztürk, Neva Övünç (2016) '1951 Tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme Çerçevesinde Mülteci Statüsünün Sona Ermesine Yönelik Ölçütlerin İncelenmesi ve Türk Hukuku Üzerindeki Yansımalarının Değerlendirilmesi', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:65, S:2, Ankara, s.393–448. **(Mülteci Statüsünün Sona Ermesi)**

Sözer, A. Nazım (2015) İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.

Süzek, Sarper (2018) İş Hukuku, Yenilenmiş 16. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.

Şen, Murat (2013) 'İnsan Hakları Bağlamında Çalışma Hakkı', Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:II, S:2, s.13-37.

Tokcan, **Işıl** (2004) 'Mülteci Hukukunda Uluslararası Koruma', Türk Mülteci Hukuku ve Uygulamadaki Gelişmeler, İstanbul Barosu Yayınları, s.57-60.

Tuncay, A. Can (2017) 'Yeni Mevzuat Açısından Yabancıların Çalışma Hakkı', İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C:14, S:53, Legal Yayınları, s.77–124.

Tuncay, A. Can/Ekmekçi, Ömer (2017) Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 19'uncu Bası, İstanbul, Beta Yayınları.

Tunç, A. Ş. (2015) 'Mülteci Davranışları ve Toplumsal Etkileri: Türkiye'deki Suriyelilere İlişkin Bir Değerlendirme', Tesam Akademi Dergisi, S:2, s.29-63.

Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Hakları İnceleme Komisyonu (2012) Ülkemize Sığınan Suriye Vatandaşlarının Barındıkları Çadırkentler Hakkında İnceleme Raporu,<https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2012/raporlar/28_02_2012_1.pf>

United Nations High Commissioner for Refugees, UNHRC Projected Global Resettlement Needs 2019, <http://www.unhcr.org/protection/resettlement/5b28a7df4/projected-global-resettlement -needs-2019.html>

United Nations High Commissioner For Refugees (2006) UNHCR Master Glossary of Terms, Rev.1, Cenevre, s.1-24, <http://www.refworld.org/docid/42ce7d444.html>

United Nations High Commissioner For Refugees (2008) UNHRC Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity, <http://www.refworld.org/docid/48abd5660.html>

Uşan, M. Fatih (2009) İş Hukuku, 2. Baskı, C:1, Ankara, Gazi Kitabevi.

Uşan, M. Fatih (2009) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları. **(Sosyal Güvenlik)**

Uzun, Aytül (2015) 'Günümüzün Sosyal ve Ekonomik Sorunu Olan Suriyelilerin Mülteci ve Ekonomi Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi', Ankara Barosu Dergisi, S:73, s.106-120.

https://mevzuatvekararlar.legalbank.net/arama

https://heinonline.com

COMPARATIVE ANALYSES ON THE DEPRIVATION OF NATIONALITY UNDER UZBEKISTAN CITIZENSHIP LAW AND THE MINIMUM REQUIREMENTS OF DEPRIVING CITIZENSHIP UNDER INTERNATIONAL LAW*

Farruhbek MUMINOV**

ABSTRACT

Article 15 of the UN Universal Declaration of Human Rights undoubtedly states that "everyone has the right to a nationality" and that "no-one shall be arbitrarily deprived of his nationality". It is widely recognized that states are free to perceive individuals as citizens. In discretion of states, the acquisition of citizenship defines a condition for citizenship withdrawal. Such conditions are often seen in state citizenship laws. While states have broad discretion in introducing such regulation including modifying and relaxing them, it should be consistent with international law as an essential prerequisite to the enjoyment and protection of the human right. This paper focuses on general grounds for citizenship withdrawal in Uzbekistan Citizenship Law. It examines a comprehensive review of all grounds for deprivation of citizenship in the context of Uzbekistan Citizenship Law. Although the deprivation of citizenship is the state's sovereign discretion, there are some limitations in the context of international law. In this regard, general grounds for deprivation of citizenship in Uzbekistan Citizenship Law should be consistent with international standards.

Keywords: Citizenship Withdrawal, Uzbekistan Citizenship Law, International Convention, International Standards.

* The author would like to thank the two anonymous reviewers for their valuable and constructive comments that significantly contributed to improve quality of the paper.

** Ph.D. Candidate, Faculty of International Private Law, Anadolu University, Turkey, f.mominov@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0002-1559-3879 (Geliş Tarihi: 26.12.2018 – Kabul Tarihi: 08.05.2019)

ULUSLARARASI HUKUKTA VATANDAŞLIĞIN KAYBEDİLMESİ İÇİN ARANAN ASGARİ KOŞULLAR İLE ÖZBEK VATANDAŞLIK KANUNUNUNDA ÖZBEK VATANDAŞLIĞININ KAYBEDİLMESİ KOŞULLARININ MUKAYESELİ ANALİZİ

ÖZET

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 15 maddesi uyarınca "herkesin bir vatandaşlığa hakkı vardır" ve "hiç kimse keyfi olarak vatandaşlıktan yoksun bırakılamaz". Kural olarak, devlet kimleri vatandaşlığa kabul edeceği konusunda tam bir serbestliğe sahiptir. Devletlerin sahip olduğu söz konusu geniş yetki vatandaşlıktan çıkarma bakımından da geçerlidir. Genellikle vatandaşlıktan çıkarmaya ilişkin hususlar devletlerin vatandaşlık kanunlarıyla düzenlenmektedir. Devletlerin vatandaşlığa ilişkin düzenlemelerde değişiklik yapma ve esnek kurallar getirme konusunda da geniş bir yetkiye sahip olduğu kabul edilmektedir. Vatandaşlığa ilişkin düzenlemelerin uluslararası hukukla uyumlu olması bireylerin temel insan haklarının korunması ve insan haklarına erişimi bakımından önem taşımaktadır. Çalışmada Özbek Vatandaşlık Kanunu çerçevesinde vatandaşlıktan çıkarmanın genel gerekçeleri izah edilecektir. Bu çerçevede Özbek Vatandaşlık Kanunu'nda vatandaşlıktan çıkarmaya ilişkin genel hususlar ayrıntılı bir şekilde incelenecektir. Vatandaşlıktan çıkarma devletin egemenlik yetkisi çerçevesinde değerlendirilmesine rağmen söz konusu yetkiyi sınırlayıcı nitelikte olan bazı milletlerarası anlaşmalar vardır. Bu anlamda Özbek Vatandaşlık Kanunun uluslararası standartlarla uyumlu olması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Vatandaşlıktan Çıkarma, Özbek Vatandaşlık Kanunu, Milletlerarası Anlaşmalar, Uluslararası Standartlar.

INTRODUCTION

The right to nationality is a fundamental right to access most other rights and freedoms. Traditionally, states have the right to enjoy wide discretion in acquisition and deprivation of their nationalities. However, it is widely recognized that this discretion of state can be limited in the scope of international law. The Human Right Council stated that loss or deprivation of citizenship must meet certain conditions in order to comply with international law, in particular, the prohibition of arbitrary deprivation of nationality. International law, therefore, strictly limits the circumstances in which loss or deprivation of nationality leading to statelessness can be recognized as serving a legitimate purpose.[1] In this sense, there are a few international documents, including the European Convention on Nationality[2] and the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness in Related to Prevention of Statelessness[3]. The latest international instrument is the International Law Commission's Draft Articles on the Expulsion of Aliens (2014)[4]. More specifically, Article 8 defines that "*A State shall not make its national an alien, by deprivation of nationality, for the sole purpose of expelling him or her.*"

Deprivation of citizenship has been a standard feature of Uzbekistan Citizenship Law since the Former Soviet Union. According to Article 18 of the

---

1 UN Human Rights Council, Human rights and arbitrary deprivation of nationality: Report of the Secretary General, 19 December 2013, A/HRC/25/28 <https://www.refworld.org/docid/52f8d19a4.html> l.a.d. 21.04.2019; UN Human Right Council, Arbitrary deprivation of nationality, Reports of the Secretary-General, 26 January 2009, A/HRC/10/34 <https://www.refworld.org/docid/49958be22.html> l.a.d. 20.04.2019. See in more detail. **Spiro, Peter** (2011) A New International Law of Citizenship, The American Journal of International Law, Volume 105 (4), p. 694-746; **Kadelbach, Stefan and Roth-Insigkeit, David** (2017) The Right to Invoke Rights as a Limit to Sovereignty – Security Interests, State of Emergency and Review of UN Sanction by Domestic Courts under European Convention of Human Rights, Nordic Journal of International Law 86(3), p. 275-301.

2 European Convention on Nationality, Uzbekistan is not part of ECN < https://rm.coe.int/168007f2c8> l.a.d. 25.03.2018.

3 The 1961 Convention on the Reduction of Statelessness, Uzbekistan is not signatory country. See signatory countries <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=V-4&chapter=5&clang=_en> l.a.d. 25.03.2018.

4 International Law Commission at its sixty-sixth session, Draft Articles on the Expulsion of Aliens, with Commentaries (2014) < http://www.refworld.org/docid/5539ef8e4.html > 25 March 2018; the International Law Commission in its commentaries to the Draft Articles on the Nationality of Natural Persons in relation to Succession of States highlighted that the evolution of international human rights law has significantly altered the classical doctrine on the preponderance of States' interests over the interests of individuals. Draft Articles on Nationality of Natural Persons in relation to the Succession of States with commentaries (Yearbook of the International Law Commission, 1999, Vol. 11, Part 2, p. 24).

Law on USSR (Union of Soviet Socialist Republics) Citizenship,[5] deprivation of citizenship may take place if the person concerned has committed actions discrediting the high status of a citizen of the USSR and damaging to the prestige or state security of the USSR. The exceptional nature of a deprivation decision could only be taken by the Presidium of the Supreme Soviet of the USSR. After gaining independence, Uzbekistan has adopted Law on Citizenship in 1992.[6] Article 21 of the Law makes it possible to deprive individuals of their nationality. The scope of such provision serves for security bodies of foreign countries, permanent residence abroad if the person obtained his citizenship through false representation, conducive to the public good and acquisition of foreign country citizenship. Deprivation is distinguishable from voluntary a loss of citizenship because it is initiated by the state and based on the violation of basic norms of good citizenship such as disloyalty or threat to state national security. Deprivation of nationality exists in nearly all countries' citizenship laws albeit the scope of such provision is debatable[7]. Deprivation of citizenship is often seen by Western democratic states in response to homegrown terrorism. Assessment of deprivation policies indicates that it contradicts international human rights, domestic rule of law standards, such as prevention of stateless, non-arbitrariness or non-discrimination between the different categories of citizens. In this respect, countries should carefully review provisions of citizenship law to avoid all these issues.

Over nearly 30 years, Uzbekistan Citizenship Law has changed and reviewed some of the provisions including loss of citizenship. Some provisions are albeit not in line with international standards (European Convention on Nationality, the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness). This paper will provide a comprehensive review of the general grounds for deprivation of citizenship and discuss the latest amendments in Uzbekistan Citizenship Law. Part I examines the overview of the grounds for deprivation

[5] The Law of the Union of Soviet Socialist Republics on Citizenship of the USSR, International Legal Materials, Cambridge University Press, Volume 20(5), 1981, p. 1207-1210 < http://www.jstor.org/stable/pdf/20692350.pdf?refreqid=excelsior%3Abf7106ce3713af6fc54ce381b721db44> l.a.d. 23.05.2018.

[6] Law of the Republic of Uzbekistan on Citizenship of the Republic of Uzbekistan, 2.07.1992, No.632-XII, Journal of Olii Majlis of Republic of Uzbekistan, 1992, No.9, Art.338 (as amended by laws No.51 as of 2004, No.32 as of 2015, No.39 as of 2016).

[7] **Baluarte, David** (2017) The Risk of Statelessness: Reasserting a Rule for the Protection of the Right to Nationality, Yale Human Rights and Development Law Journal, Vol.19, p.62-64.

of citizenship from an International and Uzbekistan Citizenship Law perspective. Part II offers a critical review of the grounds for deprivation of citizenship in the scope of Uzbekistan Citizenship Law. Part III provides general procedure and appeal rights related to citizenship withdrawal in Uzbekistan legislature. Part IV examines arbitrary revocation of citizenship in light of Regional Human Rights Courts Decisions. Part V provides some recommendations to reform Uzbekistan Citizenship Law and few international conventions related to deprivation of citizenship which Uzbekistan should consider to acceding these international conventions.

I.GROUNDS FOR DEPRIVATION OF CITIZENSHIP

International law allows states to deprive their citizenship under certain conditions. These conditions are often seen in state citizenship laws, and Uzbekistan is not an exception. In this respect, we will review the grounds for deprivation of citizenship in Uzbekistan Citizenship Law.

A. SERVICE FOR FOREIGN COUNTRIES SECURITIES BODY

According to Article 21.1 of Uzbekistan Citizenship Law (UCL), *deprivation of citizenship may take place as a result of the entry into a foreign state of military service, security service, police, justice or other public administration bodies.* It is clear that such provision points out the breach of allegiance as a condition for citizenship withdrawal. The provision requires a specific conduct as the entry into a foreign state of all administrative bodies. However, it is not an automatic loss of citizenship. The Commission on Citizenship under the President of the Republic of Uzbekistan reviews and concludes on the issues of deprivation of citizenship (Art 30).

Service for a foreign military army as grounds for deprivation of citizenship is to be in compliance with the European Convention on Nationality (ECN). Article 7.1.c of the ECN allows the loss of nationality because of voluntary service in a foreign military force. The Explanatory Report explains that it does not matter whether the person involved served in the official army of a foreign state or not. The provision covers every voluntary military service in any foreign military force, irrespective of whether it is part of the armed forces of a foreign state. Persons are not considered to have served in a foreign

military force if, before acquiring a nationality, they served in a military force of a country of which they were nationals.[8]

Conversely, the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness (CRS) does not contain the provision which is deprivation of citizenship on the basis of serving foreign military army. The Convention includes some exceptions for deprivation.[9] The main reason for this provision is to raise public security concerns. Service for either a foreign country's security bodies or a foreign public authority is not a reason for deprivation as long as it threats to national security policy. Furthermore, there is no restriction for citizens to move to different foreign countries to find a job, to build family on condition that they obey and carry their obligations in respect of home state law.[10]

Work for the public service of a foreign country is even less justifiable than military and security bodies of a foreign country as it can be considered as a lack of loyalty; however, it is not sufficient grounds for citizenship withdrawal.[11] As a ground of citizenship withdrawal, service for the foreign army or public service is pervasive in a country's citizenship law practice. For example, In France, citizens may lose their citizenship if they do not resign from service in a foreign army or foreign public service. Similarly, in Greece, citizens can be deprived of citizenship if they accept a public office in a foreign country and remain there even after the order by the Minister of Interior. It is required to take permission in some countries such as Germany, Latvia, and Estonia.[12]

---

[8] The Council of Europe Explanatory, Report to the European Convention on Nationality (1997), European Treaty Series No.166.

[9] According to Article 8 of CRS contains some exceptions in the scope of deprivation of citizenship. It is following:

- *Where the nationality has been obtained by misrepresentation or fraud (Article 8.2.b)*
- *Contracting State may retain the right to deprive a person of his nationality, if at the time of signature, ratification or accession it specifies its retention of such right on one or more of the following grounds, being grounds existing in its national law at that time:*

a) That inconsistently with his duty of loyalty to the Contracting State,

i) the person in disregard of an express prohibition by the Contracting State rendered or continued to render services to, or received or continued to receive emoluments from, another State, or

ii) has conducted himself in a manner seriously prejudicial to the vital interests of the State

[10] **Baubock and Paskalev** (2015), p.17; **Mantu, Sandra** (2015) Contingent Citizenship: The Law and Practice of Citizenship Deprivation in International, European and National Perspectives, BRILL Nijhoff Publishing, p. 47.

[11] **Baubock and Paskalev** (2015), p.18.

[12] See in more detail: **Groot, Gerard-Rene and Vink, Maarten** (2014) A Comparative Analysis of Regulations on Involuntary Loss of Nationality in the European Union, CEPS Paper in Liberty and Security in Europe No.75, p. 22-25.

As previously noted, the UCL scope of citizenship withdrawal as a consequence of service in a foreign military force is wider than the ECN. The scope of such provision in the UCL contains the work for the foreign military force of the foreign country as well as justice and other administrative bodies.

B. PERMANENT RESIDENCE ABROAD

Article 21.2 of the UCL defines a ground of deprivation of citizenship where a person permanently residing abroad fails to be registered at a consulate within three years without any reasonable justifications. The ECN allows for the loss of citizenship as a result of "*lack of a genuine link between the State Party and a national habitually residing abroad."* The Explanation Report explains in more detail that one of the aims of this provision is to allow a State, which so wishes, to prevent its nationals habitually living abroad, to retain its nationality generation after generation. The scope of such provision is limited because lack of genuine link applies only to dual nationals habitually residing abroad. Moreover, this provision applies in particular when the genuine and effective link between a person and State does not exist, owing to the fact that this person or his family have resided habitually abroad for generations.[13]

The Explanatory Report noted that three circumstances can be considered as possible evidence of lack of a genuine link in the following:

- Registration
- Application for identity or travel documents
- Declaration expressing the desire to conserve the nationality of the State Party

As previously noted, the 1961 CRS contains a provision for deprivation of citizenship on account of continuous residence abroad. Such a provision specifies a minimum period of residence abroad for citizenship withdrawal. According to Article 7.4 of the Convention, duration of time for citizenship withdrawal is "*not less than seven consecutive years,*" However, the ECN does not restrict the scope of such ground to naturalized individuals.

[13] Explanatory Report to the European Convention on Nationality (1997), European Treaty Series No.166, p.12.

In comparative law, citizens may lose their citizenship as a consequence of continuous residence abroad. In liberal States, in particular, EU countries, the scope of such provision is limited. Loss of citizenship as a result of continuous residing abroad is often applied to naturalized persons or a person who is born abroad such as Denmark, Finland, France, Ireland, Malta, Spain, and Switzerland. A minimum period of residence abroad is at least 7 years in Denmark, Ireland, Finland, Malta, 20 years in Luxemburg and 50 years in France. [14] On the contrary, in Post-Soviet states such as Russia, [15] Turkmenistan, [16] Kazakhstan, [17] Tajikistan [18] Kyrgyzstan [19] and Ukraine, [20] continuous residence abroad is not ground for loss of citizenship in the scope of their citizenship laws.

There is limited applicability of such provision from the perspective of the UCL. First and foremost, permanent residence abroad as grounds of citizenship can only be applicable to dual nationals. In fact, it is not recognized

[14] In case of France "Person has never had habitual residence in France and his/her ancestors also have not resided in France for 50 years". See in more detail. **Groot and Vink**, supra, p.31.

[15] Article 19 of Russian Citizenship Law; Russian Federation Federal Law on Citizenship of the Russian Federation, 31.05.2002, No.62 FZ, Legislation Bulletin of the Russian Federation, 2002, No.22, Art.2031 (as amended by Federal Laws N 151-FZ as of 11.11.2003, N 127-FZ as of 02.11.2004, N 5-FZ as of 03.01.2006, N 121-FZ as of 18.07.2006, N 296-FZ as of 01.12.2007, N 328-FZ as of 04.12.2007, N 163-FZ as of 01.10.2008, N 301-FZ as of 30.12.2008, N 127-FZ as of 28.06.2009, N 182-FZ as of 12.11.2012, N 169-FZ as of 02.07.2013, N 185-FZ as of 02.07.2013, N 299-FZ as of 02.11.2013, N 71-FZ as of 20.04.2014, N 72-FZ as of 20.04.2014, N 142-FZ as of 04.06.2014, N 157-FZ as of 23.06.2014, N 307-FZ as of 14.10.2014, N 507-FZ as of 31.12.2014, N 124-FZ as of 01.05.2016, N 243-FZ as of 29.07.2017).

[16] Article 17 of Turkmenistan Citizenship Law; Law of Turkmenistan on Citizenship of Turkmenistan, 30.09.1992, No.740-XIL, Journal of Majlis of Republic of Turkmenistan, 1992, No.9, Art.71 (as amended by laws No.2 as of 14.06.2003, No.2 as of 12.07.2007, No.411-IV as of 22.06.2013).

[17] Article 21 of Kazakhstan Citizenship Law; Law on Citizenship of Kazakhstan, 20.12.1991, No.1071-XII, Journal of Parliament of the Republic of Kazakhstan, 1991, No. 52, Art.636 (as amended by laws No.2477 as of 03.10.1995, No.322 as of 17.05.2002, No.600 as of 04.10.2004, No.478-IV as of 22.07.2011, No.421-V as of 24.11.2015, No.501-5 as of 09.04.2016, No.28-VI as of 22.12.2016, No.147-VI as 16.04.2018).

[18] Article 23 of Tajikistan Citizenship Law; Law of Republic of Tajikistan "About Citizenship", 4.11.1995, No.104, Mazhlisi Oli of the Republic of Tajikistan Collection of Legislation, 1995, No.21, Art.243 (as amended by law No.10 as of 2008, No.1208 as of 8.08.2015).

[19] Article 26 of Kyrgyzstan Citizenship Law; Law on Citizenship of the Kyrgyz Republic, 18.12.1993, No.1333-XII, Journal of Jogorku Kenesha of the Republic of Kyrgyzstan, 1994, No.1, Art.1 (as amended by laws No.70 as of 21.05.2007, No. 94 of 13.07.2011, No. 6 as of 10.02.2012, No.2 as of 17.03.2012, No.162 as of 2.08.2016).

[20] Article 19 of Ukraine Citizenship Law; Law of Ukraine on Citizenship, 18.01.2001, No.2235-III, Legislation Bulletin of Ukraine (as amended by laws No.2508-IV as of 05.04.2005, No.2663-IV as of 16.06.2005, No.1014-V as of 11.05.2007, No.4652-VI as of 13.04.2012, No.5459-VI as of 16.10.2012, No.5492-VI as of 20.11.2012, No.657-VIII as of 28.01.2016).

dual citizenship in accordance with the UCL.[21] In this sense, the application of such provision for a person leads to statelessness. It contradicts the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness (Article 7). Secondly, the 3-year limit in the scope of this provision is also problematic because it is not compatible with Article 7.4 of the Convention on the Reduction of Statelessness. This provision allows the loss of citizenship as a condition of less than seven-year continuous residences abroad. It is clear that it stipulates the minimum requirement of the time limit that is not less than seven consecutive years. Thirdly, citizenship withdrawal based on permanent residence abroad is contradicted by Article 7 of the UCL according to this clause, "*Residence of a citizen of the Republic of Uzbekistan abroad does not result in termination of the citizenship of the Republic of Uzbekistan*." Finally, the assessment of reasonable justification depends on administrative discretion. In this case, the consul general gives an independent assessment of the reasons based on objective information for failure to register on time according to the Regulation on the Procedure for Consideration of Citizenship.[22] Broad assessment discretion for authorities could be problematic in some circumstances because deprivation of nationality must be established by law, and conditions related to deprivation of nationality is predictable. In practice, citizenship withdrawal based on permanent residence abroad is more debatable. Based on massive migration from Uzbekistan to abroad thousands of citizens would face the risk of deprivation of their citizenship. Even though deprivation of citizenship on the ground of permanent residence abroad is rarely applied by the authorized officers, it carries a certain degree of risk in case of arbitrary deprivation of citizenship. In this sense, the application of this provision is based on the discretion of the authorities rather than law. This can be considered a violation of the minimum requirements of international law in Article 15 of the UN Universal Declaration of Human Rights.

[21] According to Article 10 of UCL "*Foreign citizenship of a person who is a citizen of the Republic of Uzbekistan shall not be recognized*".

[22] Regulations on the procedure for consideration of questions of citizenship of the Republic of Uzbekistan, approved by the Presidential decree of the Republic of Uzbekistan, 26.02.1999, PF-2240, Journal of Olii Majlis of Republic of Uzbekistan, 1999, No.3, Art.65.

C. THE CAUSAL LINK BETWEEN FRAUD AND THE ACQUISITION OF CITIZENSHIP

UCL contains the acquisition of citizenship by fraudulent means as a ground for loss of citizenship (Article 21.3). Such provision is a common feature in many countries' citizenship laws. The 1961 Convention on the Reduction of Statelessness allows the loss of citizenship if the nationality has been obtained by misrepresentation or fraud (Article 8.2.b). In the scope of this provision, States may provide for deprivation of citizenship due to failure to renounce a foreign nationality if the failure renounces clearly that it can be classified as fraud. The deprivation only becomes effective if it is proven that the person involved did not renounce the former nationality. In this context, a State may not refuse documents proving the renunciation of the former nationality on the basis that they do not fulfill certain formal criteria, for example, they have not been legalized or bear an apostille stamp.

The similar provision may be found in Article 7.1/b of ECN. The Explanation Report defines "*fraudulent conduct*" as false information, or concealment of any relevant fact based on a deliberate act or omission by the applicant, which was a significant factor in the acquisition of citizenship. For example, if a person acquires the nationality of the State Party on the condition that the nationality of origin would subsequently be renounced and the person did not do so. The Explanation Report also explains "*concealment of any relevant fact*". It means the concealment of a relevant condition which would prevent the acquisition of citizenship. "*Relevant*" in the context of fraudulent conduct is fact (concealment of another nationality or concealment of a conviction for a serious offense) which they had known before nationality was granted and would have resulted in a decision refusing to grant such nationality.

It is important to note that a causal link between fraud (misrepresentation) and the acquisition of citizenship is a prerequisite for loss of citizenship. In the simplest term, fraud must be material to the acquisition of citizenship. In this sense, deprivation is not permissible if the nationality would have been acquired even if the misrepresentation or concealment had not occurred.[23] For example,

[23] Tunis Conclusions par.58.

undisclosed convictions, marriage or civil partnership found to be invalid or void, false details given in relation to early immigration or an asylum application. [24] The act of fraud by the acquisition of citizenship due to citizenship withdrawal is common practice in countries' citizenship laws. Albeit, transparency in the procedure of assessment is crucial in order to balance the State and individual interest.

D. SERIOUSLY PREJUDICIAL BEHAVIOR

One main function of citizenship laws provides states to remove or keep out dangerous people. These measures help them secure their own safety and their society. In particular, the specific nature of terrorist crimes in the practice of some countries' laws can be seen as deprivation of citizenship as a punishment. [25] The United States Supreme Court considers deprivation of citizenship as "*a form of punishment more primitive than torture.*"[26]

According to Article 21.4 of the UCL, deprivation of citizenship may take place under the condition that the person is acting in favor of a foreign state or is a serious threat to the interests of society and the state by committing crimes against peace and security. The European Convention refers to such acting or conduct in a manner seriously prejudicial to the vital interest of the State Party (ECN Article 7.d). The Explanatory Report noted that such conduct notable includes treason and other activities directed against the vital interest of the State concerned (for example, working for a foreign secret service) but would not include criminal offenses of a general nature, however serious they may be although acts of treason, espionage and depending on their interpretation in domestic law- "*terrorist act*" may be considered to fall within the scope of this provision. The act or conduct concerned must be the inconsistency with the "*duty of loyalty*" to the State of nationality and the provision, therefore, applies

[24] See in more detail, **Fripp, Eric** (2015) The Law and Practice of Expulsion and Exclusion from the United Kingdom: Deportation, Removal, Exclusion and Deprivation of Citizenship, Hart Publishing, p.399, **Bauböck, Rainer and Paskalev, Vesco** (2015) Cutting Genuine Links: A Normative Analyses of Citizenship Deprivation, Georgetown Immigration Law Journal Vol 30(47), p. 79-82.

[25] **Cloots, Elke** (2017) The Legal Limit of Citizenship Deprivation as a Counter-terror Strategy, European Public Law, Volume 1, p.59, **Esbrook, Leslie** (2016) Citizenship Unmoored: Expatriation as a Counter – Terrorism Tool, University of Pennsylvania Journal of International Law, 37(4), p.1289-1290.

[26] United States Supreme Court 1958, No. 70, 1958 (Trop v. Dulles). See in more detail comparative analyses of citizenship withdrawal, **Zwanenburg, Marten** (2016) Foreign Terrorist Fighters in Syria : Challenges of the "Sending" State, International Law Studies Vol.92, p.226-230.

only to conduct which is seriously prejudicial to the vital interest of that State.[27] The 1961 Convention stipulates that conduct seriously prejudicial to the vital interest of the State can constitute a ground of nationality only if it is existing ground for deprivation in the internal law of the State concerned, which at the time of signature, ratification, accession, the State specifies it will retain.

Recent developments indicate that deprivation of a foreign fighter is being debated among countries due to national security concerns. In the light of such national security issues, citizenship withdrawal is used by States as a counter-terrorism measurement. For example, in France and Belgium, deprivation is only applied if the person has double citizenship. This measurement is rarely applied in both countries. Unlike other countries, in France and Belgium, deprivation is no substitute for a criminal trial.[28] Similarly, Russian Citizenship Law (Amendment) 2017 allows deprivation of citizenship if a person is found guilty of terrorism-related crimes including an international terrorist act, calls for terrorism or the justification of it, and training, organization, or participation in a terrorist group. Although the effectiveness of deprivation on account of security concerns is questionable. There are a few measures that can be used as counter-terror tools such as watch list, well-practiced surveillance, passport revocation and travel bans.[29]

E. ACQUISITION OF FOREIGN COUNTRY CITIZENSHIP

According to 21.5 of the UCL, deprivation of citizenship may take place as a result of the acquisition of foreign state citizenship. This ground for loss of citizenship reflects the attitude of state to dual nationality. In this regard, dual citizenship is not recognized in the scope of the UCL.

Deprivation of citizenship through the acquisition of foreign country citizenship can be subject in two circumstances. One is that the person may not have disclosed previous citizenship during the naturalization process. This is considered general provision on fraud and results in citizenship withdrawal.

---

[27] Tunis Conclusions par.68, See in more detail, **Zwanenburg**, supra, p.226-230.

[28] **Wautelet, Patrick** (2016) Deprivation of Citizenship for Jihadists: Analyses of Belgian and French Practice and Policy in Light of the Principle of Equal Treatment, Social Sciences Research Network, p.6

[29] **Spiro, Peter** (2015) Terrorist Expatriation: All Show, No Byte, No Future, EUI Working Papers RSCAS 2015/14, p.8.

Another case is that the person may acquire foreign state citizenship after Uzbek citizenship. For example, it is possible that authority requires a person to lose his citizenship voluntarily. In this case, it is questionable that the possibility of deprivation of citizenship on account of acquisition of foreign state citizenship is not precise because neither the UCL or citizenship regulation provides an explanation to this provision. According to Part IV of Citizenship Regulation, relevant ministries and agencies shall send the documents to the Ministry of Foreign Affairs to the citizens residing permanently abroad. The Ministry of Foreign Affairs receives the documents, and the Ministry of Internal Affairs and the National Security Service presents them with its documents and conclusions to the Commission on Citizenship under the President of the Republic of Uzbekistan. First and foremost, all grounds for deprivation of citizenship, including the acquisition of foreign country citizenship in the scope of the UCL, is not automatic. In this sense, such provision provides wide discretionary power for authority because of a lack of explanation and transparency. Secondly, as a rule, citizenship laws must be predictable. As previously indicated, this provision is not clearly defined. The UN Human Rights Council noted that "where States have formulated this ground for loss or deprivation as a response to any acquisition of another nationality by one of their nationals, this may raise issues of legal certainty and continuity of rights. In some cases, the person concerned may have been conferred a new nationality without his or her consent or even knowledge and may become an alien in his or her country of original nationality, with significant impact on the continued enjoyment of his or her civil and political, as well as economic, social and cultural rights."[30]

II. PROCEDURE FOR DEPRIVATION OF CITIZENSHIP

A. GENERAL PROCEDURE

The Human Rights Council emphasizes that States should ensure that adequate procedural standards are in place in order to prevent the arbitrary application of national regulations and provide relevant safeguards against the stateless. At the international level, it can be seen in some procedural guidelines related to citizenship in ECN. Article 10 refers to an application relating to the

[30] UN Human Right Council (2013), p.6.

acquisition, retention, loss, recovery or certification of its nationality be processed within a reasonable time. The Explanatory Report noted that whether an application is processed within a reasonable time is to be determined in the light of all relevant circumstances. Administrative procedure and juridical review are within the authority of each state, except human rights are applicable under public international law. Recent developments in state practice indicate the disposition to submit nationality disputes to the ordinary administrative and juridical review.

In accordance with Article 44 of UCL "*groundless refusal to accept application on citizenship matters, violation of terms for consideration of applications and other unlawful acts of the authorized officers violating procedures for consideration of citizenship cases and the procedures for execution of decisions on citizenship matters may be applied in the manner established by law to the high-level of authorized officer or the court*". It is obvious that this provision provides procedural rights to individuals against the authorized officers on the ground of breach of provisions in the context of UCL. The scope of procedural rights is also broad enough to cover arbitrary deprivation of citizenship. In order to avoid arbitrary, deprivation of citizenship must be consistent with domestic law and specific procedural and substantive standards in particular, the principle of proportionality. Measures related to deprivation of citizenship is required to serve a legitimate purpose that is coherent with international law and the purposes of international human right law. As a rule, arbitrariness relates to revocation of citizenship and must apply to all state actions, legislative, administrative and judicial. The ordinary meaning of "arbitrariness" is not only congruity with "against the law" but it must also be interpreted broadly to cover elements of inappropriateness, injustice and lack of predictability[31].

The procedural provision relating to nationality is governed by Regulation on the procedure for consideration of issues related to citizenship of the Republic of Uzbekistan. The decision-making power is vested through the President of Uzbekistan (UCL, Article 30). In comparative law, the decision relating to nationality is taken in different bodies. For example, in Belgium, deprivation may only be ordered by the court. In France, the state takes the

[31] UN Human Right Council (2009), p.14.

decision on deprivation. In the UK, the Home Secretary has the power to deprive citizenship.[32] In Post-State countries, the President is the only authority to take the decision relating to nationality, including deprivation of citizenship such as Russia,[33] Kazakhstan,[34] Turkmenistan,[35] Tajikistan,[36] Kyrgyzstan[37] and Ukraine.[38]

Under Uzbek law, the general procedure for deprivation of citizenship is complicated and there is a lack of transparency. For example, deprivation of citizenship due to more than three years living as a permanent resident abroad is not registered at the consulate. According to the Regulation on the procedure for consideration of issues related to citizenship, the consul general independently determines the reasons for not registering at the consular on the basis of objective data. To determine such reasons for deprivation, there is no guideline for the consul general to evaluate excuses for not registering at the consulate. As the Human Right Council noted, the wide discretion of authority may lead to results in stateless. It stressed that the margin of discretion enjoyed by the State authority in the interpretation of law and readiness to deprive individuals. In some circumstances, national authority enjoys broad discretion in determining when to deprive a person of nationality. In this case, there is a risk that international standards prohibiting arbitrary deprivation of nationality may not be respected.

B. APPEAL RIGHTS

A comparative study of citizenship law shows that the practice of states varies on appeal rights. Some states explicitly safeguard the right to appeal any decision on nationalities such as Lebanon, Morocco, USA, UK, and Belgium[39]. Some other states provide for an appeal right only with regard to certain

[32] **McGuiness, Terry and Gower, Melanie** (2017) Deprivation of British Citizenship and Withdrawal of Passport Facilities, Briefing Paper No.06820, p.3 <researchbriefings.files.parliament.uk/.../SN06820.pdf > l.a.d. 14 April 2019.

[33] Article 29 of Russian Citizenship Law.

[34] Article 29 of Kazakhstan Citizenship Law.

[35] Article 24 of Turkmenistan Citizenship Law

[36] Article 31 of Tajikistan Citizenship Law

[37] Article 28 of Kyrgyzstan Citizenship Law

[38] Article 22 of Ukraine Citizenship Law

[39] See in more detail, **Lambert, Helene** (2015) Comparative Perspectives on Arbitrary Deprivation of Nationality and Refugees Status, International and Comparative Law Quarterly. 64 (1), p.2-37.

nationality decisions. Others do not allow an appeal, and all nationality decisions are considered only by the exclusive competence of the executive and are not subject to review. Such an approach may lead to process concerns as this leaves individuals more vulnerable to an abusive application of the law. Furthermore, the Explanatory Report to the European Convention on Nationality noted that all decisions must be subject to an administrative or juridical review. On the basis of this provision, individuals must enjoy a right of appeal against the decision relating to nationality. The procedural aspects of the implementation of this right are left to the internal law of each State.

III. DEPRIVATION OF CITIZENSHIP AND ARBITRARINESS IN REGIONAL HUMAN RIGHT COURTS

Arbitrariness related to deprivation of citizenship is more than lawfulness that includes standards of justice or due process consideration and non-discrimination[40]. It should be noted that all deprivation of citizenship is not considered as arbitrary. However, sometimes states ignore such domestic law and deprive the individual of citizenship. Beyond that it is more problematic in states where lack of rule and independent justice system are. Several judgements and decisions on the revocation of citizenship which are taken by the European Court of Human Rights (ECHR), the Inter-American Court of Human Rights (IACHR), the African Commission on Human and Peoples' Rights, the African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child. However, right to citizenship is not guaranteed by the European Convention of Human Right, arbitrary denial of citizenship may be an issue under some circumstances due to the impact of such denial on the private life of an individual[41].

Deprivation of citizenship must be consistent with domestic law, in particular, it is consistent with the principles of proportionality, non-

[40] UN HRC, 'Human Rights and Arbitrary Deprivation of Nationality: Report of the Secretary- General', 19 December 2013, A/HRC/25/28.

[41] Karassev and Family v. Finland, 31414/96, Council of Europe: European Court of Human Rights, 12 January 1999 <https://www.refworld.org/cases,ECHR,45d076a92.html> l.a.d. 08.04.2019; *Genovese v Malta*, Application no. 53124/09, Council of Europe: European Court of Human Rights, 11 October 2011, <https://www.refworld.org/cases,ECHR,509ea0852.html> l.a.d. 08.04.2019.

discrimination and due process [42] in order to avoid being arbitrary. For example, the case of K2 v. the United Kingdom ECHR had addressed to the revocation of citizenship in the scope of national security concerns. The applicant was a naturalized British citizen and left the United Kingdom in breach of his bail conditions. Secretary of State for the Home Department made a decision that the applicant be deprived of his citizenship due to a risk of threat to public good. The applicant was also excluded from the United Kingdom on the ground that he was involved in terrorism-related activities, in particular, links related to several Islamic extremists. By contrast, the applicant alleged that the United Kingdom failed to provide adequate procedural safeguards in the scope of Article 8 rights of the Convention and he was unable to participate effectively in legal proceedings because of limited disclosure of the national security case. The Court noted that in order to determine arbitrariness related to revocation of citizenship, it will have regard whether the revocation was in accordance with law, if it was accompanied by the necessary procedural safeguards including whether the person deprived of citizenship was allowed the opportunity to challenge decision before courts affording the relevant guarantees; and whether authorities acted diligently and swiftly. The Court also pointed out that in determining the decision to deprive an individual of citizenship, it is necessary to apply a standard of "arbitrariness" which is a stricter standard than that of proportionality. Finally the Court found in the context of all these principles that revocation of citizenship, in this case, is not arbitrary [43]. The European Court of Justice recent case demonstrates that deprivation of citizenship on the basis of deception may be implemented even though this leads to stateless. The Court in Janko Rottmann v. Freistaat Bayern case said that deprivation of citizenship on the ground of misrepresentation or fraud can be applied in the scope of the ECN and 1961 Convention in spite of that lead to statelessness. The Court also pointed out that these decisions need to take into account the principle of proportionality[44].

Unlike the European Convention on Nationality, the American Convention on Human Rights includes clearly expressed prohibition on

[42] UNHCR 'Tunis Conclusions' (n 43) paras 15–27.

[43] K2 v. the United Kingdom, (Application no. 42387/13), Council of Europe: European Court of Human Rights, 9 March 2017 <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%20> l.a.d. 21.04.2019.

[44] Case C-135/08 Janko Rottmann v. Freistaat Bayern [2 March 2010] CJEU.

arbitrary deprivation of nationality[45]. There are two important decisions related to deprivation of nationality in practice of the Inter American Court of Human Rights. Baruch Ivcher Bronstein v. Peru case is based on arbitrary deprivation of citizenship because of national security concerns. The applicant, the owner of a Peruvian TV station, was alleged by the Fujimori regime on the ground that publishing material by Peruvian TV station threatened national security of the country. The Court observed that the applicant acquired Peruvian nationality through a "supreme resolution" of the President, and his nationality title was signed by the Ministry of Foreign Affairs. However, the applicant lost his citizenship as a result of a "directorial resolution" of the Migration and Naturalization Directorate, which is a lower rank than the authority that granted the corresponding rights. The Court found that this demonstrates the arbitrary character of the revocation of the applicant, in violation of Article 20/3 of the American Convention[46].

The case of the Yean and Bosico Children v. The Dominican Republic provides guidance from Inter-American Court of Human Rights in explaining to what extent it can be evaluated as arbitrary deprivation of citizenship. The Commission alleged that the Dominican Republic, in particular Registry Office authorities had rejected to register birth certificates for the Yen and Bosico children even though they were born within the State's territory and Constitution of the Dominican Republic contained the principle of *ius soli* to determine those who have a right to Dominican citizenship. The Court determined that States have the obligation not to adopt practices or laws concerning the granting of nationality, the application of which fosters an increase in the number of stateless persons. This condition arises from the lack of nationality, when an individual does not qualify to receive this under the State's laws, owing to arbitrary deprivation or the granting of a nationality that, in actual fact, is not effective. Statelessness deprives an individual of the possibility of enjoying civil and political rights and places him in a condition of extreme vulnerability. The Court found that for discriminatory reasons, and

[45] Article 20 of the American Convention on Human Rights; Organization of American States (OAS) American Convention on Human Rights, "Pact of San Jose", Costa Rica, 22 November 1969 < https://www.refworld.org/docid/3ae6b36510.html> l.a.d. 21.04.2019.

[46] Ivcher-Bronstein Case (Baruch Ivcher Bronstein vs. Peru), Inter-American Court of Human Rights (IACrtHR), para 96, 6 February 2001<https://www.refworld.org/cases,IACRTHR,44e496434.html> l.a.d. 14.04.2019.

contrary to the pertinent domestic norms, the State failed to grant nationality to the children, which constituted an arbitrary deprivation of their nationality, and left them stateless for more than four years and four months, in violation of Articles 20 and 24 of the American Convention[47].

The above cases clearly indicate that arbitrarily deprivation of citizenship including discriminatory grounds is considered a violation of the human right and it is prohibited in international law in case of that results in statelessness. It is well established that individual arbitrarily deprived of citizenship should be provided an opportunity to appeal and be guaranteed adequate procedural standards. The individual is also given opportunity and access to effective remedy. In light of all of these facts, it is questionable whether a lack of suspensive right of appeal in case of Uzbekistan, particularly without confirmation of decisions before loss of nationality can be considered a breach of international procedural rights.

IV. RECOMMENDATIONS

The Central Asian States except Kyrgyzstan provide no adequate safeguard against statelessness on the ground of voluntary deprivation of citizenship as reported by the UNHCR. Kazakhstan, Tajikistan, Turkmenistan and Uzbekistan in the context of their citizenship laws allow individuals to renounce their nationality without possessing or having an assurance of acquiring another nationality[48]. In particular, loss of nationality for residence abroad without consular registration could be a serious problem on the ground that individuals would face a major risk of statelessness on account of massive labor migration from Uzbekistan to abroad. As previously noted, the 1961 Convention includes two key safeguards against statelessness in the scope of change of nationality. The first safeguards against statelessness is that "renunciation of nationality shall not result in loss of nationality unless the person concerned possesses or acquires another nationality". The second safeguard against statelessness is that an individual who seeks naturalization in

[47] Case of the Yean and Bosico Children v. The Dominican Republic, Inter-American Court of Human Rights (IACrtHR), 8 September 2005, para.174 <https://www.refworld.org/cases,IACRTHR, 44e497d94.html> l.a.d. 12.04.2019.

[48] UNHCR (2011) Statelessness in Central Asia (Prepared for UNHCR by Marjorie Farquharson), p.14.

a foreign state "shall not lose his nationality unless he acquires or has been accorded assurance of acquiring the nationality of that foreign country".

Currently, there is no explicit definition of the role of international law in light of the current legal framework of Uzbekistan. For this reason, legal basis of an international convention is opaque in the Uzbek Constitution[49]. The Preamble of the Uzbek Constitution references to international law that "… *recognizing priority of the generally accepted norms of the international law…*". However, the Preamble of Constitution is no more than a declaration in accordance with Article 24 of the Law of Normative Legal Acts[50]. Resulting from lack of role of international law in the context of Uzbekistan legislation, it would be seen as the main challenge of application of international norms. In the case of UCL, it is possible to apply international law based on Article 45. In accordance with Article 45 of UCL "*Where an international instrument of the Republic of Uzbekistan provides for rules other than those contained in the present law, the rules of the international instrument shall be applied*".

Uzbekistan has entered a new era with a massive liberalization of the country including law and judicial system reforms in recent years. New reforms related to human rights, in particular, deprivation of citizenship would improve the image of the country in the international community. From this prospect, it is hopeful that Uzbekistan would review its citizenship law and adopt international instruments related to stateless persons. First of all, it is suggested that the role of international law in the context of Uzbekistan legislation should be clearly defined. Without the legal basis of international law in domestic legislation it is extremely difficult for an effective application of international standards including providing a safeguard against statelessness. Secondly, Uzbekistan should consider acceding the 1954 United Nations Convention relating to the Status of Stateless Persons, the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness and the 1997 European Convention on Nationality. These conventions provide an effective statelessness determination procedure. It also establishes a legal basis to protect stateless individuals and increase of awareness about statelessness among government institutions. Thirdly, on the

[49] Constitution of the Republic of Uzbekistan (Official Gazette 15.12.1992 - 243).

[50] Law of the Republic of Uzbekistan on Normative Legal Acts, 24.12.2012, No.342, Journal of Olii Majlis of Republic of Uzbekistan, 2012, No.52, Art.583.

level of domestic framework, Uzbekistan should review its Citizenship Law and other related regulations. As noted earlier, Uzbekistan Citizenship Law and other related regulation are not consistent with the minimum requirement of international standards. In particular, deprivation of citizenship in the context of Uzbekistan Citizenship Law is absent of predictability. The main features of national citizenship law are predictability and established by law. In the process of review, it is recommended to consider international minimum standards and provide clear, transparent, and predictable provisions. Last but not the least, one of the problems with deprivation of citizenship in arbitrariness in the context of Uzbekistan Citizenship Law is the absence of clear and predictable procedure. It is often illustrated in practice due to the deprivation of citizenship that citizenship law includes no adequate procedural standards and appeal rights. In light of all these considerations, it should be considered to provide appeal rights and guaranteed sufficient procedural rights in case of that deprivation of citizenship. It also considers that individual deprivation of citizenship would have access to effective remedy; specifically, decision should require judicial confirmation before the loss of citizenship.

CONCLUSION

The enjoyment of the right to a nationality is a fundamental right under international law of human rights. The deprivation of citizenship leads to legal consequences where an individual's citizenship can no longer be recognized by the State. Grounds for citizenship withdrawal is defined in national citizenship laws. At the same time, some international instruments contain the prohibition of deprivation under certain circumstances. This rule is not advisory, and the States must follow it. Furthermore, clearly defined, consistent with international norms, transparent right to appeal to nationality and predictability is the indispensable part of each State's citizenship laws.

It is difficult to say that provisions of citizenship withdrawal in the scope of UCL are consistent with minimum international standards. In the case of deprivation of citizenship as a result of residence abroad in the prolonged time, the UCL stipulates maximum three years when the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness determines not less than seven consecutive years. Furthermore, the application of such provision provides broad discretion in

determining when to deprive a person of nationality. The most criticized aspect of authority discretion that is not limited, and there is no guidance to exercise discretion in administrative decision making regarding citizenship withdrawal. A lack of definition in that law not only creates a problem for individuals but also for practitioners. In this case, the conduct of authority carries certain risks to violate international standards related to the deprivation of citizenship.

In light of all defined legal gaps in the context of UCL, Uzbekistan should take steps to be coherent with minimum standards of international law. These recommended measures would concentrate on creating clear, transparency and predictability legal framework related to the deprivation of citizenship. By doing these recommendations, Uzbekistan would provide assurance to individual substantive and procedural rights in case of deprivation of citizenship.

BIBLIOGRAPHY

Baluarte, David (2017) The Risk of Statelessness: Reasserting a Rule for the Protection of the Right to Nationality, Yale Human Rights and Development Law Journal, Vol.19.

Bauböck, Rainer and Paskalev, Vesco (2015) Cutting Genuine Links: A Normative Analyses of Citizenship Deprivation, Georgetown Immigration Law Journal Vol: 30:47.

Cloots, Elke (2017) The Legal Limit of Citizenship Deprivation as a Counter-terror Strategy, European Public Law, Volume 1.

Esbrook, Leslie (2016) Citizenship Unmoored: Expatriation as a Counter – Terrorism Tool, University of Pennsylvania Journal of International Law, 37(4).

Fripp, Eric (2015) The Law and Practice of Expulsion and Exclusion from the United Kingdom: Deportation, Removal, Exclusion and Deprivation of Citizenship, Hart Publishing

Groot, Gerard-Rene and Vink, Maarten Peter (2014) A Comparative Analysis of Regulations on Involuntary Loss of Nationality in the European Union, CEPS Paper in Liberty and Security in Europe No.75

Kadelbach, Stefan and Roth-Insigkeit, David (2017) The Right to Invoke Rights as a Limit to Sovereignty – Security Interests, State of Emergency and Review of UN Sanction by Domestic Courts under European Convention of Human Rights, Nordic Journal of International Law 86(3).

Mantu, Sandra (2015) Contingent Citizenship: The Law and Practice of Citizenship Deprivation in International, European and National Perspectives, BRILL Nijhoff Publishing.

McGuiness, Terry and Gower, Melanie (2017) Deprivation of British Citizenship and Withdrawal of Passport Facilities, Parliamentary Briefing Paper No 06820, London: House of Common Library.

Spiro, Peter (2011) A New International Law of Citizenship, The American Journal of International Law, Volume 105 (4).

Spiro, Peter (2015) Terrorist Expatriation: All Show, No Byte, No Future, EUI Working Papers RSCAS 2015/14.

Wautelet, Patrick (2016) Deprivation of Citizenship for Jihadists: Analyses of Belgian and French Practice and Policy in Light of the Principle of Equal Treatment, Social Sciences Research Network.

Weis, Paul (1979) Nationality and Statelessness in International Law, Sijthoff & Nordhoff International Publishers, Second Edition.

Zwanenburg, Marten (2016) Foreign Terrorist Fighters in Syria: Challenges of the "Sending" State, International Law Studies Vol.92.

ÇEVİRİ

DİPLOMATİK KORUMA HAKKINDA TASLAK MADDELER
DRAFT ARTICLES ON DIPLOMATIC PROTECTION

Çeviren: Dr. Öğr. Üyesi Gökhan ALBAYRAK[*]

Diplomatik Koruma[1]

BİRİNCİ BÖLÜM
GENEL HÜKÜMLER

Birinci Madde

Tanım ve kapsam

Mevcut taslak maddelerin amacı bakımından diplomatik koruma bir devletin vatandaşlığında olan bir gerçek kişi veya tüzel kişiye diğer bir devletin bir uluslararası haksız fiille zarara sebebiyet vermesi halinde söz konusu devletin, sorumluluğu uygulaması maksadıyla diplomatik eylem veya diğer barışçıl çözüm araçlarıyla, zarar veren devletin sorumluluğunu talep etmesinden müteşekkildir.

İkinci Madde

Diplomatik koruma icra etme hakkı

Bir devletin, mevcut taslak maddelere uygun olarak, diplomatik koruma icra etmeye hakkı vardır.

---

[*] Kırklareli Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Devletler Hukuku Anabilim Dalı. albayrak87@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-1205-2479 (Geliş Tarihi: 01.12.2018 – Kabul Tarihi: 12.06.2019)

[1] Metin, 2006'da Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından elli sekizinci oturumunda kabul edildi ve bu oturumun çalışmasını kapsayan Komisyon Raporunun bir parçası olarak Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'na gönderildi. Taslak maddeler konusunda yorumları da içeren Rapor, *Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10)*'da yer aldı.

İKİNCİ BÖLÜM
VATANDAŞLIK

BİRİNCİ FASIL
GENEL İLKELER

Üçüncü Madde

Vatandaşlık devleti tarafından koruma

1.Diplomatik koruma icra etmeye yetkili olan devlet, vatandaşlık devletidir.

2.Birinci paragraf haricinde, sekizinci taslak maddeye uygun olarak vatandaşı olmayan kişiye ilişkin olarak da bir devlet tarafından diplomatik koruma icra edilebilir.

İKİNCİ FASIL
GERÇEK KİŞİLER

Dördüncü Madde

Bir gerçek kişinin vatandaşlık devleti

Bir gerçek kişinin diplomatik korunması bağlamında vatandaşlık devleti, kişinin vatandaşlığının söz konusu devlet kanunlarına uygun olarak doğumla, soyla, sonradan kazanma ile, devletlerin halefiyetiyle ya da diğer uluslararası hukuka aykırı olmayan yolla kazanıldığı devlettir.

Beşinci Madde

Bir gerçek kişinin devamlı vatandaşlığı

1.Bir devlet, mağduriyet tarihinden iddianın resmi olarak sunulması tarihine kadar devamlı olarak o devletin vatandaşı olan kişi hakkında diplomatik koruma icra etmeye yetkilidir. Söz konusu kişinin vatandaşlığı bu her iki tarihte de mevcutsa, diplomatik korumada devamlılık varsayılır.

2. Birinci paragraf haricinde, bir kişinin selef devletin vatandaşlığını taşıması ya da önceki vatandaşlığını kaybedip, uluslararası hukuka uygun olarak, öne sürülen iddia ile ilgili olmayan bir nedenle, sonraki devletin vatandaşlığını

kazanmış olması şartı ile, bir devlet, iddianın resmi olarak sunulduğu tarihte vatandaşı olan ancak mağduriyet tarihinde vatandaşı olmayan bir kişi üzerinde diplomatik koruma uygulayabilir.

3.Mağduriyet meydana geldiğinde mevcut vatandaşlık devletinin değil önceki vatandaşlık devletinin vatandaşı olan bir kişi için mevcut vatandaşlık devleti önceki vatandaşlık devletine karşı diplomatik koruma icra edemez.

4.İddianın resmi sunum tarihinden sonra bir devlet, iddianın karşısındaki devletin vatandaşlığını kazanan kişi üzerinde diplomatik koruma icra etmeye yetkili değildir.

Altıncı Madde

Çoklu vatandaşlık ve bir üçüncü devlete karşı iddia

1.Çifte veya çoklu vatandaşlığı bulunan bir vatandaşın devleti, o kişinin vatandaşı olmadığı devlete karşı diplomatik korumayı uygulayabilir.

2. İki veya daha fazla vatandaşlık devleti, çift ya da çoklu vatandaşlığı bulunan bu vatandaşları üzerinde birlikte diplomatik korumayı uygulayabilirler.

Yedinci Madde

Çoklu vatandaşlık ve bir vatandaş devletine karşı iddia

Vatandaşlık devletinin vatandaşlığı hem zarar tarihi hem de iddianın resmi sunum tarihinde baskın olmasının haricinde, bir vatandaşlık devleti bir kişi hakkında bir devlete karşı, bu kişi ayrıca karşı devletin vatandaşı ise diplomatik koruma uygulayamaz.

Sekizinci Madde

Vatansız kişiler ve mülteciler

1.Bir devlet, mağduriyet tarihinde ve iddianın resmi olarak sunulması tarihinde yasal ve mutat olarak bu devlette ikamet ediyorsa vatansız kişiye yönelik olarak diplomatik koruma icra edebilir.

2.Bir devlet uluslararası alanda kabul edilmiş standartlara uygun olarak bu devlet tarafından mülteci olarak kabul edilen bir kişi üzerinde, mağduriyet tarihinde ve iddianın resmi olarak sunulması tarihinde bu kişi yasal ve mutat bir şekilde bu devlette ikamet ediyorsa diplomatik koruma icra edebilir.

3.İkinci paragraf, mültecinin vatandaşlık devletinin bir uluslararası haksız fiilinden kaynaklanan bir duruma ilişkin uygulanmaz.

ÜÇÜNCÜ FASIL
TÜZEL KİŞİLER

Dokuzuncu Madde

Bir şirketin vatandaşlık devleti

Bir şirket üzerinde diplomatik korunma sağlanmasına ilişkin olarak, vatandaşlık devleti şirketin onun hukukuna göre kurulduğu devlet anlamına gelir. Fakat şirket diğer devlet veya devletlerin vatandaşları tarafından kontrol ediliyorsa ve kuruluş devletinde esaslı bir iş faaliyeti yoksa ve yönetim merkezi ve şirketin finansal kontrolünün her ikisi de bu diğer devlette yer alıyorsa, bu devlet vatandaşlık devleti olarak kabul edilir.

Onuncu Madde

Şirketin devamlı vatandaşlığı

1. Bir devlet mağduriyet tarihinden iddianın resmi olarak sunulması tarihine kadar devamlı olarak o devletin, veya onun selef devletinin, vatandaşı olan şirket hakkında diplomatik koruma icra etmeye yetkilidir. Söz konusu vatandaşlık bu her iki tarihte de mevcutsa devamlılığın bulunduğu varsayılır.

2.Bir devlet, iddianın resmi sunumundan sonra iddianın karşısındaki devletin vatandaşlığını kazanan şirkete yönelik diplomatik koruma icra etmeyi sürdüremez.

3.Birinci paragraf haricinde, bir devlet mağduriyet tarihinde kendisinin vatandaşı olduğu ancak bu durum sonucunda kuruluş devletinin hukuku uyarınca varlığı sona eren şirket hakkında diplomatik koruma icra etme yetkisini sürdürür.

On Birinci Madde

Hissedarların korunması

Aşağıdaki durumlar haricinde, bir şirketteki hissedarların vatandaşlık devleti, şirkete bir zarar verilmesi durumunda bu hissedarlara ilişkin olarak diplomatik koruma icra etmeye yetkili değildir:

(a)Oluşan zararla bağlantısız bir nedenle şirketin kurulduğu devletin hukukuna göre şirket varlığı sona erdi ise; ya da

(b)Şirket, zarar tarihinde, oluşan zarara sebebiyet vermekle sorumlu olduğu iddia edilen devletin vatandaşlığına sahip idi ise ve bu devlette kurulma burada iş yapmak için ön şart olarak gerekli ise.

On İkinci Madde

Hissedarlara doğrudan zarar

Bir devletin uluslararası haksız bir fiili, şirketin kendisinden ayrı olarak kendi başına hissedarların haklarına doğrudan zarara sebebiyet veriyorsa, bu hissedarların vatandaşlık devleti vatandaşları bakımından diplomatik koruma icra etmeye yetkilidir.

On Üçüncü Madde

Diğer tüzel kişiler

Bu fasıldaki ilkeler, uygun olduğu ölçüde, şirket dışındaki tüzel kişilerin diplomatik korunması için de uygulanır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YEREL BAŞVURU YOLLARI

On Dördüncü Madde

Yerel başvuru yollarının tüketilmesi

1.Bir devlet vatandaşına veya taslak sekizinci maddede belirtilen kişilere yönelik mağduriyete ilişkin olarak, mağdur kişi taslak on beşinci maddeye göre tüm yerel başvuru yollarını tüketmeden uluslararası bir iddia ileri süremez.

2. "Yerel başvuru yolları", zarara yol açmaktan sorumlu olduğu iddia edilen devletin, genel veya özel, adli ya da idari mahkeme veya organları önünde zarara uğramış bir kişiye açık olan hukuki yollardır.

3.Yerel başvuru yolları, bir uluslararası iddianın veya bu iddia ile bağlantılı bir tespit kararının talebinin baskın olarak bir vatandaşa veya taslak sekizinci maddede geçen diğer kişilere bir zarar temeline göre ileri sürüldüğü halde tüketilmelidir.

On Beşinci Madde

Yerel başvuru yolları kuralına istisnalar

Yerel başvuru yollarının şu durumlarda tüketilmesine gerek yoktur:

(a)Etkin bir zarar giderimi sağlayacak makul bir biçimde kullanılabilir yerel başvuru yolları yoksa veya yerel başvuru yolları böyle bir makul zarar giderimi olasılığı sağlamıyorsa;

(b)Sorumlu olduğu iddia edilen devlete atfedilecek telafi sürecinde yersiz bir gecikme varsa;

(c)Mağdur kişi ve zarar tarihinde sorumlu olduğu iddia edilen devlet arasında uygun bir bağlantı yoksa;

(d)Mağdur kişi yerel başvuru yollarını kullanmaktan aleni biçimde engelleniyorsa; veya

(e)Sorumlu olduğu iddia edilen devlet yerel başvuru yollarının tüketilmesi koşulundan vazgeçtiyse.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
MUHTELİF HÜKÜMLER

On Altıncı Madde

Diplomatik korumadan başka eylemler ve usuller

Mevcut taslak maddeler devletlerin, gerçek kişilerin, tüzel kişilerin veya diğer varlıkların uluslararası hukuk uyarınca uluslararası haksız bir fiilin yarattığı zararın karşılanmasını güvenceye almak için diplomatik korumadan başka eylemler veya usullere başvurma hakkına halel getirmez.

On Yedinci Madde

Uluslararası hukukun özel kuralları

Mevcut taslak maddeler, yatırımların korunmasına yönelik antlaşma hükümleri gibi, uluslararası hukukun özel kuralları ile aykırı olacak olduğu hallerde uygulanmaz.

On Sekizinci Madde

Gemilerin mürettebatının korunması

Bir gemi mürettebatının üyelerinin vatandaşlık devletinin diplomatik koruma icra etme hakkı; geminin vatandaşlık devletinin bu mürettebatın üyeleri adına, onların vatandaşlığından bağımsız olarak, onlar uluslararası haksız bir fiil sonucunda gemiye verilen bir zararla bağlantılı şekilde mağdur olduklarında zararın karşılanmasını güvenceye alma hakkını engellemez.

On Dokuzuncu Madde

Tavsiye edilen uygulama

Mevcut taslak maddelere göre diplomatik koruma icra etmeye yetkili olan devlet:

(a)Özellikle önemli bir mağduriyet olduğunda, diplomatik koruma icra etme ihtimaline gereken ehemmiyeti vermeli;

(b)Diplomatik korumaya başvurma ve giderimi talep edilecek zarar konusunda, imkan olduğu ölçüde mağdur kişilerin görüşlerini dikkate almalı ve

(c) Makul kesintiler dışında, sorumlu devletten elde edilen herhangi bir tazminatı mağdur kişiye transfer etmeli.

YAYIN VE YAZIM KURALLARI

1. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi yılda iki kez yayınlanan uluslararası hakemli bir dergidir.

2. Dergide Türkçe, Almanca, Fransızca ve İngilizce makaleler yayınlanmaktadır.

3. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle basılabileceğini kabul ettikleri varsayılır. Bilimsellik ölçütlerine uymadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışı içerdiği tespit edilen yazılar, Yayın Kurulu tarafından geri çevrilir.

4. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak en az iki hakem denetiminden geçirilir. Hakem raporlarında düzeltme istenmesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Hakemler tarafından önerilen düzeltmeler yazar tarafından yapıldıktan sonra, gerekli görülmesi halinde, tekrar hakem denetimine başvurulur. Hakemlerden birisinin olumlu, diğerinin olumsuz görüş bildirmesi durumunda editör veya üçüncü bir hakemin görüşü alınır. Belirtilen inceleme sonucu uygun bulunan yazılar yayımlanır. Yayınlanması uygun bulunmayan yazılara ait hakem değerlendirme formları yazarına Dergipark yoluyla iletilir. Yayınlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez.

5. Dergimize ulaşan yazılar gönderiliş tarihlerine göre sıralanarak hakeme gönderilir ve hakem raporlarının geri dönüş tarihine göre sıraya konularak yayınlanır.

6. Dergiye gönderilen makaleler 3.000 kelimeden az ve 15.000 kelimeden çok olamaz. Her makalede 150-250 kelime arası özet ve 5-10 kelime arası anahtar kelime bulunmalıdır. Makalenin başlığı, özeti ve anahtar kelimeler ayrıca İngilizce yazılmalıdır.

7. Dergiye gönderilen makaleler daha önce başka bir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

8. Dergide yayınlanan çalışmaların idari, bilimsel ve her türlü sorumluluğu yazarına/yazarlarına aittir.

9. Makaleler Dergipark yoluyla gönderilmelidir. Yazarlar; unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, ORCID No'larını, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini içeren ayrı bir belgeyi de Dergipark sisteminden göndermelidirler.

10. Yazıların yayınlanıp yayınlanmayacağı yapılacak olan hakem denetimine uygun olarak Yayın Kurulunun incelemesi neticesinde belirlenir ve yazarına e-posta yolu ile bildirilir.

11. Yayınlanacak yazıların, elektronik ortamda tam metin olarak yayınlamak da dahil olmak üzere tüm yayın hakları Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar, yazılarına ilişkin işleme, çoğaltma ve yayma haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır.

12. Yazara, yayınlanmak üzere Üniversite tarafından kullanılmasına izin verdiği haklara karşılık bir telif ücreti ödenmez. Dergiye yayınlanmak üzere yazı gönderen Yazar bunu kabul etmiş sayılır.

13. Dergide, makaleler dışında; *kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara* da yer verilir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Kurulu tarafından yapılır.

14. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.

15. Yazılar 'Microsoft Word' programında, yazı tipi Times New Roman, metin içinde 12 punto ve dipnotta 10 punto, iki yana yaslı normal stil olmalıdır.

16. Yazı içerisindeki başlıklar şu şekilde düzenlenmelidir:

I. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

A. KALIN ve TÜMÜ BÜYÜK HARF

1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

a. İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük

i. İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük

17. Çalışmaların sonunda, çalışmalarda kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Atıflar ve kaynakça aşağıda belirtilen Atıf Kuralları'na uygun olarak yapılmalıdır.

18. Yayınlarımızın resmi web adresi www.ybhukukdergisi.com dur.

Atıf Kuralları

1. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi'nde yayımlanacak makaleler aşağıda detayları belirtilen atıf usulüne uygun olarak hazırlanmalıdır.

2. Makalelerde sayfa altı dipnot sistemi kullanılmalıdır.

3. Bu atıf sisteminde kural bulunmayan durumlarda OSCALA (*The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities*) sistemi takip edilmelidir.

4. Özgün bir esere (arşiv belgesi vb.) atıf yapılması gerekiyorsa, tercih edilen yöntem tüm makalede yeknesak şekilde kullanmalıdır.

5. Bir esere ilk atıf yapıldığı yerde tüm detayları belirtilmeli; makalenin devam eden kısımlarında ise dipnotlarda (Yazarın Soyadı, atıf yapılacak sayfa) gibi bir kısaltma ile atıf sürdürülmelidir. Aynı yazarın birden fazla eserine atıf yapılmışsa kısaltmada eseri ayırt etmek amacıyla eserin yayınlandığı yıl belirtilerek (Yazarın Soyadı (YIL), atıf yapılacak sayfa) atıf yapılmalıdır. Yazarın aynı yıl içerisinde yayınlanmış iki eseri varsa yıl bilgisinin yanına a,b harfleri konulmalıdır. (Yazarın Soyadı (YILa veya YILb), atıf yapılacak sayfa)

6. Bir esere yapılan ilk atıfta ve kaynakçada sadece yazarın soyadı ve adı koyu karakterle yazılacak, sonraki atıflarda ise sadece soyad koyu karakterle yazılacaktır.

7. "^" işareti o kaynak türünde konuyla ilgili bir bilgi varsa, ilgili bilginin belirtilmesi gerekliliğini ifade eder.

8. "s.e.t." ifadesi son erişim tarihini ifade eder.

Kitap

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.
Örnek: **Uşan, M. Fatih** (2009) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Baskı, Ankara, Seçkin.

-Çoklu yazar durumunda:
Yazarın Soyadı, Adı/2. Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.
Örnek: **Acer, Yücel/Kaya, İbrahim** (2014) Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 5. Baskı, Ankara, Seçkin.

-Dört veya daha fazla yazarlı durumlarda:
Birinci atıfta ve kaynakçada yukarıdaki usul ile tam künyeye yer verilecek, ikinci ve sonraki atıflarda ilk üç yazarın soyadları yazıldıktan sonra ve diğerleri denilmek suretiyle atıf yapılacaktır.
Örnek:
Birinci atıf ve kaynakça: **Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker** (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
İkinci atıf: **Özbek / Doğan / Bacaksız ve diğerleri**, s.13.

Editörlü Kitap

Editörün Soyadı, Adı (Editör) (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.
Örnek: **Dülger, İbrahim** (Editör) (2010) Hukuka Giriş, 4. Bası, Konya, Sayram.

Kitap Bölümü

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) 'Makalenin adı' : Editörün Soyadı, Adı (Editör), Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek: **Uşan, M. Fatih** (2014) 'İşin Zaman Bakımından Düzenlenmesi' : Aydın, Ufuk / Kocabaş, Fatma (Editörler), Bireysel İş Hukuku, 1.B, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları.

Çeviri Kitap

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi (Çeviren: Çevirenin Soyadı, Adı (Yıl) Çeviri Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi).

Örnek: **Dworkin, Ronald** (1977) Taking Rights Seriously, 1. Baskı, London, Gerald Duckworth (Çeviren: Türkbağ, Ahmet Ulvi (2007) Hakları Ciddiye Almak, 1. Baskı, Ankara, Dost).

Elektronik Kitap

Yazarın Soyadı, Adı (^Yıl) Kitap adı <INTERNET ADRESI> s.e.t. TARIH.

Örnek: **Demircioğlu, A. Murat** (2010) Labor in law Turkey <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlabk&AN=652813> s.e.t. 10.08.2015.

Elektronik Kitap Bölümü

Yazarın Soyadı, Adı 'Makalenin adı' : Editörün Soyadı, Adı (^Yıl) Kitap adı <Internet Adresi> s.e.t. Tarih.

Örnek: **Kaya, Emir** (2015) "Injustice as a Judicial Product: A Problematic Tendency in Legal Thinking and Practice" Erçetin, Şefika Şule; Banerjee, Santo (Eds.) (2013) Chaos, Complexity and Leadership,<http://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-3-319-09710-7_22> s.e.t. 10.08.2015.

Makale

Yazarın Soyadı, Adı (YIL) 'Makale adı' Dergi adı, ^Cilt:, Sayı:, İlk ve Son Sayfa Sayfa Aralığı.

Örnek: **Uşan, M. Fatih** (2008) 'Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları' Kamu-İş, C:10, S:1, s.1-48.

Elektronik Makale

Yazarın Soyadı, Adı (^Yıl) 'Makale ismi' , ^Dergi adı <İNTERNET ADRESI> s.e.t. Tarih.

Örnek: **Uşan, M. Fatih** (2003) 'Mesleki Eğitim ve İstihdam, Devlet Personel Rejimi ve İş Mevzuatı', e-akademi, <http://www.e-akademi.org/makaleler/fusan-1.htm> s.e.t. 28.07.2015.

Konferans Tebliği

Yazarın Soyadı, Adı (^Basım Yılı) 'Tebliğin Başlığı', Editörün Soyadı, Adı (Editör) Konferans ismi, Tarih, Yer.

Örnek: **Uşan, M. Fatih** 'Taşeron İşçisi de İşçi: Öyleyse Ona da İş Sağlığı ve Güvenliği' : Toprak, Ahmet (Editör) 7. Uluslararası İş Sağlığı ve Güvenliği

Konferansı, 4-7 Mayıs 2014, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü, İstanbul.

Tez

Yazarın Soyadı, Adı (YIL) 'Tez Başlığı', (Türü: Yüksek Lisans-Doktora), Üniversite, Enstitü.

Örnek: **Kılınç, Ahmet** (2013) 'Osmanlı Ceza Hukukunda Yaptırım Türü Olarak Teşhir' (Doktora), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Mahkeme Kararı

^Dava Adı, Merci, ^Başvuru no, ^E:, K:, T:, ^Kaynak

Örnek 1: **Burak Günay Başvurusu (2)**, AYM, Başvuru No:2013/6218, K.T. 10.6.2015.

Örnek 2: Yargıtay 2. Ceza Dairesi, E: 2011/2-395, K: 2012/89, T: 13.03.2012.

İnternet Adresi

Soyadı, Adı Mecra, Başlık, <INTERNET ADRESİ> s.e.t. Tarih.

Örnek: **Uşan, M. Fatih** Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları", <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1011.pdf>, s.e.t. 27.07.2015.

-İlgili internet adresinde metin tek bir internet sayfasından oluşuyorsa ilk atıfta yukarıdaki gibi tam künye yazıldıktan sonra diğer atıflarda ilk dipnota atıf yapılacaktır.

Örnek: **Uşan**, dn. 24.

Rapor

Soyadı, Adı (Yıl) Kurum, Başlık, Rapor Adı, ^Rapor No:, <INTERNET ADRESİ> s.e.t. Tarih.

Örnek: **Oğuz, Fuat & Kent, Bülent** (2011) İstanbul Ticaret Odası, 'Anayasa'da Ekonomik ve Ticari Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Yeni Bir Anayasa İçin Öneriler', <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/ito-anayasa-arastirmasi.pdf>, s.e.t. 27.07.2015.

GENERAL SUBMISSION GUIDELINES

1. Yıldırım Beyazıt Law Review is an internationally refereed journal that is being published semiannually.

2. The journal publishes articles written in Turkish, German, French, and English.

3. It is assumed as authors have reviewed articles which are submitted to the journal and approve that they can be published as are. Articles, which were found in unconformity with scientificity criteria and include misspelling above average, are refused by editorial board.

4. The articles are send at least two referee for review depending on the first decision of the Editorial Board. According to blind peer review system, author names are concealed from the article before sending. Upon the request of correction report of the referee, the author can only make changes in the framework of the amendment report. If the report of one referee results in a positive and the other one results in a negative assessment, the writing will be send to the editor or a third referee for review. The writing can be published only if found appropriate by the editor or referees. A "Referee Assessment Form" for articles that have not been qualified for publication, is sent by Dergipark to the author of the article. Unpublished articles will not be sent back to the author.

5. The articles are processed with the date of sending and published with respect to date of return of referees.

6. Articles that are sent to the journal can not be less than 3000 or more than 15.000 words. Each article should include a summary of 150-250 words and 5 to 10 key words. The summary and key words should also written in English.

7. The articles which are submitted to the journal must be unpublished elsewhere.

8. The whole responsibility of the submissions belongs to the concerned author.

9. Articles should be sent to Dergipark. Authors should notify about their degree, mission agencies, Orcid no, contact addresses, phone numbers and e-mail addresses.

10. Whether the article is going to be published is determined within one month and announced by e-mail to authors.

11. If the articles are accepted for publication, as including the full text electronically, all broadcasting rights to publish belong to Ankara Yıldırım Beyazıt University. Authors are deemed to have accepted to transfer the copyright to the University.

12. Apart from articles that are reviewed and qualified for publication by referee is also given place in the journal to book reviews, legislative assessments and informative remarks. The acceptance or refusal of such writings is made by editorial board.

13. Studies that do not return from referee review in due of time, are evaluated in the next issue unless otherwise stated by its author.

14. Articles should be written in the "Microsoft Word" Program with font type Times New Roman, font size 12, normal style and aligned to the left and the right.

15. Titles within the text should be organized as follows:

I. ALL CAPITAL LETTER AND BOLD

A. ALL CAPITAL LETTER AND BOLD

1. Only First Letters Capital and Bold

a. Only First Letters Capital and Regular

i. Only First Letters Capital and Regular

16. Bibliography should be arranged alphabetically based on the surname of the referenced authors at the end of the article. Citations should be shown as footnote at the end of each page. Citations and bibliography should be organized in conformity with the Rules of Citation.

17. Official web page of our publications is www.ybhukukdergisi.com.

Rules of Citation

1. The articles that are submitted for Yıldırım Beyazıt Law Review should be written according to the Rules of Citation detailed below.

2. The articles should be composed by footnote citation.

3. Unless there is no rules in this attribution system, OSCALA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) system must be followed.

4. If it is necessary to refer to an original work (like archive documents, etc.), preferred method should be used in a uniform manner throughout the article.

5. All details of treatise should be indicated in first place where cited to it; in the ongoing parts of article citation should be with abbreviation such (Author`s Surname, page to be cited) maintained. If to more than one treatise of same author has been cited, in order to distinguish the treatise in abbreviation, that should be cited thereby indicating of year (Author`s Surname (year), page to be cited) which treatise is published.

6. Author's surname and first name should be bold in first place where cited to it and bibliography; in the ongoing parts of article the only the Author`s surname should be bold in footnotes.

7. If there is information on the issue of resource type , "^" sign refers to the requirement to indicate the relevant information.

8. The "l.a.d." expression refers to the date of last access.

Book

Author's Surname, **Name** (Year) Book's Name, Edition, City, Publisher

Example: **Uşan, M.Fatih** (2009) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Edition, Ankara, Seçkin.

In case of Multi-author:

Author's Surname, Name/2. Author's Surname, Name (Year) Book's Name, Edition, City, Publisher

Example: **Acer, Yücel/Kaya, İbrahim** (2014) Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 5. Edition, Ankara, Seçkin.

In case of 4 and more author:

All details of treatise should be indicated in first place where cited to it; in the ongoing parts of article after the first three authors' surnames the other authors should be represented with the shortening of "and others"

Example:

First Citation and Bibliography: **Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker** (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Edition, Ankara, Seçkin.

Second Citiation: **Özbek / Doğan / Bacaksız and others,** s.13.

Edited Book

Editor's Surname, Name (Editor) (Year) Book's Name, Edition, City, Publisher

Example: **Dülger, İbrahim** (Editor) (2010) Hukuka Giriş, 4. Edition, Konya, Sayram.

Book Section

Author's Surname, Name (Year) 'Article title': Editor's Surname, Name (Editor), Book title, Edition, City, Publisher.

Example: **Uşan, M.Fatih** (2014) 'Işin Zaman Bakımından Düzenlenmesi': Aydın, Ufuk/Kocabaş, Fatma (Editors), Bireysel Iş Hukuku, 1. Edition, Eskişehir, Anadolu University Publications.

Translation Book

Author's Surname, Name (Year), Book's Name, Edition, City, Publisher (Translator: Translator's Surname, Name (Year) Translation Book's Name, Edition, City, Publisher.)

Example: **Dworkin, Ronald** (1977) Taking Rights Seriously, 1. Edition, London, Gerald Duckworth (Translator: Türkbağ, Ahmet Ulvi (2007) Hakları Ciddiye Almak, 1. Edition, Ankara, Dost.)

Electronic Books

Author's Surname, Name (Year) Book's Name <Internet address> l.a.d. Date.

Example: **Demircioğlu, A. Murat** (2010) Labor in law Turkey <http://search.eschost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlabk&AN=6 52813> l.a.d. 10.08.2015.

Electronic Book Chapter

**Author`s Surname, Name** 'Article`s Name': Editor`s Surname, Name (Year) Book`s Name <Internet address> l.a.d. (last accessed date) Date.

Example: **Kaya, Emir** 'Injustice as a Judicial Product: A Problematic Tendency in Legal Thinking and Practice' Erçetin, Şefika Şule; Banerjee, Santo (Eds.) (2013) Chaos, Complexity and Leadership, <http://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-3-319-09710-7_22> l.a.d. 10.08.2015.

Article

Surname, Name (Year) 'Article`s Name' Journal`s Name, Issue: Volume:, The first and last page range: .

Example: **Uşan, M. Fatih** (2008) 'Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları' Kamu Iş, I:1, V:10, p.1-48.

Electronic Article

Surname, Name (Year) 'Article`s Name' Journal`s Name <Internet address> l.a.d. (last accessed date) Date.

Example: **Uşan, M. Fatih** (2003) 'Mesleki Eğitim ve İstihdam, Devlet Personel Rejimi ve Iş Mevzuatı', e-academy <http://www.e-akademi.org/ makaleler/fusan-1.htm> l.a.d. 28.07.2015.

Conference Proceeding

Author's Surname, Name, 'Title of the Annunciation', Editor's Surname, Name (Editor), Conference Name, Date, Place.

Example: **Uşan, M.Fatih,** 'Taşeron Işçisi de İşçi: Öyleyse Ona da Iş Sağlığı ve Güvenliği' : Toprak, Ahmet (Editor), 7. International Occupational Health and Safety Conference, 4-7 May 2014, Labor and Social Security Ministry - Occupational Health and Safety General Directorate, İstanbul.

Thesis

Author's Surname, Name (Year) 'Thesis Head' (Type: Masters-Doctorate), University, Institute.

Example: **Kılınç, Ahmet** (2013), 'Osmanlı Ceza Hukukunda Yaptırım Türü Olarak Teşhir' (PhD), Gazi University Institute of Social Sciences.

Court Decision

^Case Name, Mercier, ^Application No, ^E:, K:, T:. ^Citation.

Example 1: **Burak Günay Başvurusu (2)**, AYM, Application No: 2013/6218, K.T. 10.6.2015

Example 2: Penal Department No. 2 of The Supreme Court. E: 2011/2-395, K: 2012/89, T: 13.03.2012.

Web Address

Surname, Name, Authority, Title <Internet address> l.a.d. Date.

Example: **Uşan, M.Fatih**, Kamu-Iş Kamu İşletmeleri Işverenleri Sendikası, 'Yargıtay Kararları Işığında Işe İade Davalarının Sonuçları' <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1011.pdf>, l.a.d. 07/27/2015.

- If the cited web page hasn't got page numbers, the first citation should be made as per above and ongoing citations should include reference to first footnote.

Example: **Uşan,** fn. 24.

The Report

Surname, Name, Institution (Year), Title, Report Name, ^Report No, <Internet address> l.a.d. Date.

Example: **Oğuz, Fuat & Kent, Bülent**, Istanbul Chamber of Commerce (2011) 'Anayasa'da Ekonomik ve Ticari Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Yeni Bir Anayasa Için Öneriler' <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/ito-arastirmasi.pdf-constitution>, l.a.d. 07/27/2015.