

**Galatasaray Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Dergisi**

**2012/2**

**Hakemli Dergi**

Galatasaray Üniversitesi Yayını No : 75  
Galatasaray Hukuk Fakültesi Yayını No : 54

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Bilimsel Hakemli Dergidir.

Bu esere ilişkin olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan doğan haklar saklıdır. Burada yer alan makalelerde ileri sürülen görüşler yazarlarına aittir. Yayın Kurulu, makalelerde ileri sürülen görüşlerden dolayı herhangi bir sorumluluk üstlenmemektedir.

#### **YAYIN KURULU**

Doç. Dr. S. Anlam ALTAY (Başkan)

Yard. Doç. Dr. D. Burak ÇELİK

Yard. Doç. Dr. Mehmet KARLI

Araş. Gör. Dr. Mehtap İpek İŞLETEN

Araş. Gör. Dr. Özen ÜLGEN

Araş. Gör. Dr. Güçlü AKYÜREK

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin bu sayısı 2014 yılının Şubat ayında yayımlanmıştır.

**ISSN** : 1303-6556

**Dizgi/Mizanpaj** : Beta Basım A.Ş.

**Baskı - Cilt** : Yazın Basın Yayın Matbaacılık Trz. Tic. Ltd. Şti.

(Sertifika No: 12028)

Ciftehavuzlar Cad. Maltepe Mah. Prestij İş Merkezi

No: 27/806 K: 9 Zeytinburnu/İSTANBUL

0212 656 01 22 - 0212 565 02 55

**Kapak Tasarımı**: Gülgonca ÇARPIK

#### **Beta BASIM YAYIM DAĞITIM A.Ş.**

Narlıbahçe Sokak Damga Binası No: 11

Cağaloğlu - İSTANBUL

Tel : (0-212) 511 54 32 - 519 01 77

Fax: (0-212) 511 36 50

www.betayayincilik.com

#### **GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ**

Çırağan Caddesi, No. 36, Ortaköy 34357 İSTANBUL

e-posta: dergisusu@gmail.com



# İçindekiler

## KAMU HUKUKU

**Yard. Doç. Dr. Emine Eylem AKSOY RETORNAZ** .....3  
Genel Güvenliğin Kasten Tehlikeye Sokulması Suçu

**Yard. Doç. Dr. Gerçek Şahin YÜCEL** .....17  
La distinction entre la matière civile et la matière pénale dans la jurisprudence de la CEDH

**Dr. Güçlü AKYÜREK** .....29  
5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 120. Maddesindeki Haksız Arama Suçu

**Dr. Ashhan ÖZTEZEL** .....41  
L'analyse des apports du Protocole n° 14 du 1er juin 2010 à l'article 46 de la CEDH  
et la nouvelle position du Comité des Ministres

**Hayrettin YILDIZ** .....53  
La démocratie locale en France: Les rapports entre les élus et les administrés

**Cihan YÜZBAŞIOĞLU - Ufuk Ceren MENSİZ** .....71  
Karşılaştırmalı Hukukta Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu

## ÖZEL HUKUK

**Dr. Nur BOLAYIR** .....131  
Bir Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığında Temyiz İncelemesi Sırasında Yeni Delil  
Gösterilip Gösterilemeyeceği Sorunu

**Av. Dr. Özgün ÇELEBİ** .....151  
Seçimlik İlliyyet Sorunu Bağlamında Fransız Yargıtayı'nın «Distilbene» Kararları

**Av. Erenalp RENÇBER - Bike Aybeniz AKSOY** .....171  
Reconnaissance et exequatur des décisions judiciaires étrangères en Turquie

<b>Gölsüm Gözde DURMAZ AYANOĞLU .....</b>	<b>181</b>
Kooperatiflerde Toplumsal Sorumluluk İlkesi ve Yenilebilir Enerji Kooperatifleri	
<b>Ali Seyhan UĞURLU.....</b>	<b>195</b>
Avrupa'da İnsan Kökenli Embriyonik Kök Hücrelerinin Patentlenmesi ve Biyoetik	

KAMU HUKUKU





# Genel Güvenliğin Kasten Tehlikeye Sokulması Suçu

Yard. Doç. Dr. Emine Eylem AKSOY RETORNAZ\*

## I. GİRİŞ

Genel tehlike yaratan suçlar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun (TCK) özel hükümler başlıklı ikinci kitabının, topluma karşı işlenen suçların düzenlendiği üçüncü kısmının birinci bölümünde, düzenlenmiştir.

Genel güvenliğe karşı işlenen suçlar kişilerin ve toplumun belirli güvenlik içerisinde, hiçbir şeye katlanmadan yaşaması esas alınarak düzenlenmiştir. Toplumun tehlikesiz bir biçimde yaşamasının amaçlandığı bu suçlar tehlike suçlarıdır<sup>1</sup>. Bu suçların meydana gelebilmesi için zararın ortaya çıkması gerekli olmayıp sadece zarar tehlikesinin belirlenmesi suçun cezalandırılması için yeterlidir<sup>2</sup>.

Bu çalışmada, genel tehlike yaratan suçlardan TCK m. 170'de düzenlenen genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçu incelenecektir.

## II. GENEL GÜVENLİĞİN KASTEN TEHLİKEYE SOKULMASI SUÇUNUN HUKUKSAL YAPISI

Genel güvenliği tehlikeye sokan fiiller TCK'nın 170. maddesinde iki fıkra halinde düzenlenmiştir. Bu fiiller, maddenin ilk fıkrasına göre yangın çıkarma, bina çökmesine, toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına neden olma, silâhla ateş etme veya patlayıcı madde kullanmadır. Söz konusu dü-

\* Galatasaray Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 DARAGENLİ Vesile Sonay, "Tehlike Suçları", Prof. Dr. Sahir Erman' a Armağan, Alfa Yayınları, İstanbul, 1999, s. 164.

2 KOCA Mahmut / ÜZÜLMEZ İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 111; ARTUK M. Emin / GÖKÇEN Ahmet / YENİDÜNYA A. Canner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 311; HAKERİ Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 149.

zenleme uyarınca, failin fiilinin suçu meydana getirmesi için, kişilerin hayatı sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olacak biçimde ya da kişilerde korku, kaygı veya panik yaratabilecek biçimde olması gerekir. Söz konusu suç bir tehlike suçudur.

Maddenin birinci fıkrada düzenlenen suç somut bir tehlike suçudur<sup>1</sup>. Suçun oluşması bakımından 170/1 de sayılan seçimlik hareketlerin yapılması yeterli değildir, ayrıca bu hareketlerin kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından somut bir tehlikeye neden olması gereklidir.

Maddenin 2. fıkrasında düzenlenen suç ise soyut tehlike suçudur. Yangın, bina çökmesi, toprak kayması, çığ düşmesi, sel veya taşkına neden olmalarıyla bir somut bir tehlikenin ortaya çıkması gerekli olmayıp sadece zarar tehlikesinin meydana gelmesi yeterli görülmüştür<sup>2</sup>.

Öğretide ÖZEN, bu nitelendirmenin yanlış olduğunu, maddenin her iki fıkrasında düzenlenen suçun bir zarar tehlikesi suçu olduğu görüşündedir<sup>3</sup>. Yazara göre failin davranışı kişilerin hayatına ya da malvarlığına yönelik, nesnel bir zarar tehlikesi oluşturmadığında suç oluşmayacaktır, bu nedenle de her iki fıkrada düzenlenen suç, zarar tehlikesi suçudur.

## 1) Korunan Hukukî Yarar

Genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçu ile korunan hukukî zarar kişilerin hayatı, sağlığı, malvarlığı üzerindeki hakları ve bu haklar üzerinde tehlike yaratabilecek fiillerin işlenmesini önleyerek toplumun huzuru ve güvenliğinin sağlanması ve korunmasıdır<sup>4</sup>.

Bu suçlar, belli kişi ya da kişileri değil toplumun ortak değerlerini toplumsal yaşayışta bireylerin özel bir korumaya ihtiyaç duymaksızın yaşamlarını sürdürmelerini sağlamak üzere ihdas edilmiştir.

1 DEMİRBAŞ Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. bası, Ankara, 2013, Seçkin Yayınevi, s. 219; HAKERİ, s. 149; ÖZBEK Veli Özer, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı; TCK İzmir Şerhi*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s. 129; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 113; POLAT Halil, "Genel Güvenliğin Tehlikeye Sokulması Suçu İle Bu Suçun Diğer Suçlarla İltimatı", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Nisan 2010, sayı 1, s. 137.

2 POLAT, s. 138.

3 ÖZEN Muharrem, *Genel Tehlike Yaratan Suçlar*, US-A yayıncılık, Ankara, 2010, s. 20.

4 PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, 2007, cilt II, s. 1330; YAŞAR Osman / GÖKCAN Hasan Tahsin / ARTUÇ Mustafa, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, cilt IV, Adalet Yayınevi, 2010, s. 4852; POLAT, s. 139.

## 2) Maddî Unsur

### a) Fail

Genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suç, fail bakımından bir özellik göstermemektedir. Herkes bu suçun faili olabilir. Öğretide kendi evini bilerek yakan kişinin dahi bu suçun faili olabileceği belirtilmiştir<sup>5</sup>.

### b) Mağdur

Genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçunun mağduru belli ya da birkaç kişi değil tüm toplum ve tehlikeye altında kalan bireydir<sup>6</sup>.

### c) Hareket

Türk Ceza Kanununda genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suç, ilk bakışta birbiriyle benzer özellikler gösterdiği izlenimi edinilen, ancak farklı özellikler taşıyan iki ayrı suç şeklinde düzenlenmiştir<sup>7</sup>.

### aa) TCK m 170/1’de Öngörülen Fiil

Maddenin birinci fıkrasında yangın çıkarma, bina çökmesine, toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına neden olma, silahla ateş etme ve patlayıcı madde kullanma 765 sayılı Türk Ceza Kanunundan farklı olarak kanunun farklı maddelerinde ayrı suçlar olarak düzenlenmemiştir.

170. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen suç, seçimlik hareketli bir suçtur. Madde metninde sayılan seçimlik hareketlerden herhangi biriyle suç işlenebileceğinden serbest hareketli bir suçtur<sup>8</sup>.

Suç seçimlik hareketli bir suç olarak düzenlendiğinden madde metninde düzenlenen hareketlerden birinin yapılmasıyla suç oluşacaktır. TCK m. 170/1’ de öngörülen hareketlerden birinin yapılmasıyla suç gerçekleştirilmesi durumunda tek bir suç işlenmiş kabul edilecektir.

<sup>5</sup> KAYMAZ Seydi / GÖKCAN Hasan Tahsin, 5237, *Sayıtlı Türk Ceza Kanununda Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 404.

<sup>6</sup> YAŞAR /GÖKCAN/ARTUÇ, s. 4852.

<sup>7</sup> ÖZEN, s. 23.

<sup>8</sup> ARTUK M. Emin / GÖKÇEN Ahmet / YENİDÜNYA A. Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş* 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 27; MEMİŞ Pınar, “Genel Tehlike Yaratan Suçlar”, *Alman Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, c. III, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan*, İstanbul, 2010, s. 798; ÖZEN, s. 23.

Söz konusu suç hem icrai hareketle hem de ihmalde bulunmama yükümlülüğü söz konusu olduğunda ihmali hareketle de işlenebilir<sup>9</sup>. Suçun meydana gelmesi için seçimlik hareketlerin kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olacak biçimde veya kişide korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda olması gerekir”<sup>10</sup>. Bu ifadeden hareketin kendisinin zararlı veya tehlikeli olmasını değil, dış dünyaya yansıyan davranışın “*beşeri tecrübe kuralına uygun olarak, kendi dışında, nedensel, zararlı bir sonucu doğurmaya elverişli olmasını anlamak gerekmektedir*”<sup>11</sup>.

TCK m. 170/1 de düzenlenen suçun seçimlik hareketlerinden ilki yangın çıkarmaktır. Yangın kavramından, bir şeyin tümünü ya da önemli bir kısmını kapsamına alan, geniş bir alana yayılan ya da yayılma eğiliminde olan, söndürülmesi güç bir ateşin yakılması anlaşılmalıdır. Ateş büyük alevler halinde olabileceği gibi, ateşin içten içe yanması da yangın olarak değerlendirilmelidir<sup>12</sup>.

Bir şeyi tutuşturma, ateş yakma ve yangın kavramlarının ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. TCK m. 170/1 kapsamında yangın çıkarmanın söz konusu olabilmesi için kişilerin vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından maddede belirtilen şekilde genel bir tehlike doğurmaya elverişli olması, diğer bir deyişle belli bir seviyeye ulaşmış olması gerekir<sup>13</sup>.

Genel tehlikeye neden olacak bir yangının varlığından bahsedebilmek için, alevlerin söndürülmesinde özel araçlar kullanmak ya da normalin üs-

9 ÖZEN, s. 24.

10 “*Korku, bir tehlike veya bir tehlike düşüncesi karşısında uyanan kaygı duygusudur. Kaygı, üzüntü, endişe duyan düşünce ve tasa anlamına gelmektedir. Panik ise bir topluluğu kaplayan ani dehşet duygusu, büyük korku, ürkmek anlamındadır. Bu fiillerin yalın olarak meydana gelmesi suçun oluşması için yeterli değildir. Fiilin; “Kişilerde korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda” meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bu soyut tehlikelerin doğmasıyla suç oluşacaktır. Suçun oluşması için fiilin maddede belirtilen nitelik ve etkide olması yeter olup ayrıca başkalarını korkutma, kaygıya düşürme veya paniğe uğratma kastının bulunması gerekmemektedir. Suçun işlenmesiyle kişilerin mağduriyeti ortaya çıkmakta ve fiilden zarar görme olasılığı beliren bu kişilerin kamu dava- sına katılma hakkı doğmaktadır” . (Y. 8. C.D. E. 2009/14191, K. 2011/13696, T. 25. 11. 2011)*

11 ÖZEN, s. 28.

12 ERMAN Sahir / ÖZEK Çetin, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamunun Selametine Karşı Suçlar (TCK 369-413), Dünya Yayıncılık, İstanbul, 1995*, s. 13.

13 ERMAN / ÖZEK, s. 13, POLAT, s. 140; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, *Özel Hükümler*, s.532, ÖZEN, s. 24.

tünde bir çaba gösterilen bir yangın söz konusu olmalıdır<sup>14</sup>. Tutuşturma veya ateşe verme, yangın sayılabilecek boyuta ulaşmadığı ve kişilerin hayatı veya malvarlığı açısından zarar tehlikesi doğurmaya elverişli hale gelmediği takdirde<sup>15</sup> TCK m. 170/1 de düzenlenen suç değil, TCK m. 170/2 düzenlenen suç olacaktır.

Yangının çıkarıldığı aracın önemi yoktur, her türlü araçla yangın çıkarılması mümkündür. Doğrudan yangın çıkarılabileceği gibi yakılan diğer bir nesne dolayısıyla yangının diğer nesnelere de sıçraması söz konusu olabilir<sup>16</sup>. Bu suçla korunan hukuki menfaat kişilerin hakları ve toplumun güvenliği olduğundan yakılan nesnenin değerinin suçun oluşması bakımından bir önemi yoktur. Kişinin kendisine ait bir nesneyi yakması sonucu yangının tehlike oluşturacak seviyeye varması halinde de bu suç olacaktır<sup>17</sup>.

TCK m. 170/1 de düzenlenen diğer bir seçimlik hareket bina çökmesine, toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına neden olmaktır.

Bina duvarı ve çatısı bulunan, insan ya da hayvanların barınmasına ya da diğer bir amaçla kullanılmak üzere elverişli malzemeye yapılan yapıdır<sup>18</sup>. Yapının temelini olup olmaması toprağın altında ya da üstünde olmasının bir önemi yoktur. Prefabrik yapılar, otopark, depo, fabrika, tren garı hatta metro istasyonu dahi bina olarak değerlendirilebilir<sup>19</sup>. Yapının balkon, teras, çatı, sütun vb eklentilerinin de bina kavramına dahildir. Buna karşın içinde insanların barınmasına yönelik çadırlar, römorklar bina kavramı içinde yer almaz<sup>20</sup>. Yapının kullanım amacının da bina kavramı üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır<sup>21</sup>.

14 ÖZEN, s. 24; YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 4854; Aynı yönde ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA'ya göre ise "yanıcı maddeler uzaklaştırıldıktan sonra ateşe verilen nesne yanmaya devam ediyorsa ve yakılan bu ateş özel araçlar kullanmadan ya da normalin üstünde bir çaba sarf etmeden söndürülemiyorsa, başka nesnelere de sirayet etme, yaygınlaşma eğilimi gösteriyorsa, artık genel güvenliği tehlikeye sokacak bir yangının varlığından bahsedilir".

15 "Yangının eşya veya kişilerin selameti açısından bir tehlike teşkil etmemesi ihtimalini de gözden geçirmek gerekir. Gerçekten ıssız bir yerde, içinde kimsenin bulunmadığı, etrafına yayılma imkânı olmayan bir kulübe ateşe verilse, bunun yangın sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır", ERMAN / ÖZEK, s.10.

16 ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 533.

17 ERMAN / ÖZEK, s. 16, POLAT, s. 140.

18 KAYMAZ / GÖKCAN, s. 404. YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 4855.

19 YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 4855.

20 ÖZEN, s. 26.

21 ERMAN / ÖZEK, s.15

Failin eylemiyle binanın çökmesi arasında nedensellik bağının bulunması gerekir. Binanın çökmesi suçun meydana gelmesi için yeterli değildir, ayrıca failin davranışının vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından maddede belirtilen şekilde genel bir tehlike doğurması gerekir.

Toprak kayması, çığ düşmesi, sel veya taşkın doğal afet niteliği taşımakla birlikte, bazı hallerde failin davranışı nedeniyle bu olayların meydana gelmesi mümkündür. Bu hallerde failin eylemiyle toprak kayması, çığ düşmesi, sel veya taşkın olayları arasında nedensellik bağının bulunması gereklidir.

Toprak kayması, çığ düşmesi, sel veya taşkın insanların hayatı ve malvarlığı bakımından tehlike yaratacak nitelikte olması gerekir. Bir tehlike oluşturmayan bir sel söz konusu olduğunda TCK m. 170/2 de düzenlenen suç oluşacaktır.

TCK m. 170/1 c de silahla ateş etmek veya patlayıcı madde kullanma seçicilik hareketleri düzenlenmiştir. Silah deyiminden TCK m. 6 1 f uyarınca ateşli silâhlar, patlayıcı maddeler, saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet, saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler, yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler anlaşılmalıdır.

Suçun oluşması için kanunda tanımlanan somut tehlike halinin de yani failin bu ateş etmesi veya patlayıcı madde kullanması ile insanların hayatı, sağlığı veya mal varlığı bakımından tehlikeli bir halin ortaya çıkması veya bu ateş etme fiili neticesinde kişilerde korku, kaygı veya panik hali meydana gelmelidir.

TCK m. 170/1 de düzenlenen suçun oluşması için kullanılan silah ateşli silah olmalıdır<sup>22</sup>, zira ateş etme eyleminin ancak ateşli silahlarla gerçekleştirilmesi mümkündür.

Ses ve gaz fişegi atan tabancalar ile havaya ateş edilmesi halinde, eylemin genel güvenliğin kasten tehlikeye düşürmesini suçunu oluşturup oluşturmayacağı Yargıtay kararlarına konu olmuştur. Yargıtay, söz konusu kararlarında kuru sıkı tabir edilen, ses ve gaz fişegi atan tabancaların silah niteliğinin bu-

<sup>22</sup> Ateşli Silahlar ve Bıçaklar İle Diğer Aletler Hakkında Yönetmelik 2 e. maddesi uyarınca ateşli silahlar;“*mermi çekirdeği veya saçma tabir edilen özel şekil ve nitelikteki maddeleri, barut gazı veya bu neviden patlayıcı ve itici güç ile uzak mesafelere kadar atabilen silahlar*”dır.

lunmadığını, bu nedenle de TCK. 170/1-c. de düzenlenen suçun oluşmadığı sonucuna varmıştır<sup>23</sup>.

Öğretide ise ses ve gaz fişegi atan tabancalarla yapılan atışlar sonucu genel güvenliği kasten tehlikeye sokma suçunun oluşup oluşmadığı hususunda somut olayın özelliklerine göre bir değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmektedir. Bu değerlendirme sonucunda yapılan atışın kişilerde korku, kaygı ve panik yaratacak bir biçimde olduğu tespit edildiği ve suçun diğer unsurlarının da varlığı halinde genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçunun oluşacağı ifade edilmektedir<sup>24</sup>. Biz de öğretilde belirtildiği üzere ve gaz fişegi, atan tabancalarla yapılan ateşlemelerin somut olayın özelliklerine göre kişilerde korku, kaygı ve panik oluşturabilecek nitelikte olduğu takdirde TCK m.170 uyarınca genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçunun oluşacağı kanaatindeyiz.

TCK'nın 170. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendindeki diğer seçimlik hareket, “patlayıcı madde kullanmaktır”.

Patlayıcı maddeler, şiddetli bir kimyasal reaksiyonla parçalanarak, ani yüksek sıcaklıkla birlikte büyük hacimlerde gaz haline dönüşebilen madde-

23 “Dairemizin ihbarnamede belirtilen 01.06.2006 gün 2005/2722 esas ve 2006/ 4881 karar sayılı ilamında; silah niteliğinde bulunmayan kurusıkı tabanca ile havaya ateş etme eyleminin 765 sayılı TCK'nın 264/7 ve 5237 sayılı TCK'nın 170/1-c madde ve fıkrasında tanımlanan, içinde silah ögesi bulunan suç tipine uygun bulunmadığı açıklanmıştır”, Aynı yönde Y. 8.C.D., E. 2006/4988, K. 2007/4868 T. 21.6.2007 “Ateşlenebilen bir silahın işlevine uygun ve sonuç doğurmaya elverişli bulunmayan “kurusıkı” olarak tabir edilen tabanca ile yerleşik yerde ateş etme şeklindeki eylem, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 36/1. madde ve fıkrasında tanımı yapılan güdültüye neden olma kapsamında olup idari yaptırımı gerektirdiği ve anılan Yasa'nın 18/1. madde ve fıkrası hükmü göz önüne alındığında mülkiyetin kamuya geçirilmesinin de mümkün olmadığı gözetilmeden, eylemin nitelendirilmesinde yanlışlıkla sanığın 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 170/1-c maddesi uyarınca cezalandırılmasına ve kurusıkı tabancanın da iadesi yerine müsaderesine karar verilmesi” (Y. 8. C.D., E. 2007/ 1043, K. 2007/1481 T. 22.2.2007).

24 ÖZGENÇ İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler*, 3. Bası, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını, Ankara, 2006, s. 892; Aynı doğrultuda AYDIN Murat, “Genel Güvenliği Kasten Tehlikeye Düşürmek Suçu, Silah Kavramı ve Yargıtay Uygulaması”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Şubat 2007, Sayı:6, s.11; PARLAR / HATİPOĞLU, cilt II, s.1332; DONAY Süheyl, *Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta Yayınevi*, 2007, s. 260; Polat, s. 143.

lerdir<sup>25</sup>. Yargıtay uygulamasında, torpil (maytap)<sup>26</sup> veya havai fişek<sup>27</sup> patlatılması, inceleme konusu madde kapsamında patlayıcı madde kullanmak olarak değerlendirilmemektedir. Patlayıcı maddenin kullanılması bu maddenin infilak etme özelliğinden bilerek ve isteyerek yararlanılması olarak anlaşılmalıdır<sup>28</sup>. Patlayıcı madde kullanılması kişide korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda olmalıdır.

### bb) TCK m 170/2'de Öngörülen Fîil

İnceleme konusu yapılan maddenin ikinci fıkrasında yangın, bina çökmesi, çığ düşmesi, sel veya taşkın tehlikesine neden olma seçimler hareketler olarak düzenlenmiştir. Birinci fıkradaki düzenlemeden farklı olarak bu fıkra soyut bir tehlike suçu düzenlenmiştir<sup>29</sup>. Maddede sayılan bina çökmesi, çığ düşmesi, sel veya taşkın, yangın çıkarma tehlikelerine neden olma suç sayılmıştır. Bu hareketler neticesinde kişilerin hayatı sağlığı veya malvarlığı için bir tehlikenin doğup doğmadığını araştırması gerekli değildir.

Failin davranışının maddede sayılan tehlikelerden birine yol açmaya elverişli olup olmadığı hususunun hayat tecrübeleri ve bilimsel veriler ışığında araştırılması gerekir<sup>30</sup>. Örneğin yalnızca ateş yakmak yangın tehlikesine neden olmak olarak değerlendirilemez. Ateş yakmanın yangın çıkarma tehlikesi doğurmaya elverişli olması gerekir. Tehlikeye hem icrai hem de ihmali hareketle neden olunması mümkündür<sup>31</sup>.

### d) Teşebbüs

Genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçu bir tehlike suçudur. Maddenin birinci fıkrasında düzenlenen fiillerin kişilerin hayatı, sağlığı veya

25 Tekel Dışı Bırakılan Patlayıcı Maddelerle Av Malzemesi Ve Benzerlerinin Üretimi, İthalı, Taşınması, Saklanması, Depolanması, Satışı, Kullanılması, Yok Edilmesi, Denetlenmesi Usul Ve Esaslarına İlişkin Tüzük, madde 2, (R G. 29 /9 / 1987, No: 19589).

26 Y., 8. C.D., E. 2006/8571, K., 2007/7846, T 15.11.2007.

27 "Samğin düğün yerinde ateşli silah ve patlayıcı madde niteliğinde bulunmayan "havai fişek" patlatmak şeklindeki eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 170/1 -c madde ve fıkralarında tanımlanan suç tipine uygun bulunmadığı gözetilmeden, sanık hakkında yazılı biçimde mahkûmiyet hükmü kurulması bozmayı gerektirmiştir", (Y., 8. C.D., E. 2006/7225, K. 2007/6352, T, 27. 9. 2007).

28 YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ s. 4856.

29 ÖZEN s. 29.

30 YAŞAR / GÖKCAN/ARTUÇ, s. 4858; ÖZEN s. 29

31 ÖZEN s. 29.



malvarlığı bakımından tehlikeli olabilecek biçimde ya da kişilerde korku kaygı ve panik yaratabilecek bir şekilde işlenmesi gerekmektedir. Söz konusu suçun somut tehlikeyi öngördüğü ve somut tehlike cezalandırılabilme şartı kabul edildiğinde suç teşebbüse elverişli değildir<sup>32</sup>.

Maddenin 2. fıkrasında düzenlenen suç ise soyut bir tehlike suçudur. Tehlikeye neden olacak hareketin işlenmesi ile tehlike gerçekleşmekte ve suç tamamlanmaktadır. Bu nedenle teşebbüse elverişli değildir<sup>33</sup>.

### 3) Manevî Unsur

Bu suç genel kastla işlenen bir suçtur. Her iki fıkra bakımından suçun manevî unsurunun oluşması için fiilin kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde hareketleri bilerek ve isteyerek işlemek yeterlidir<sup>34</sup>. Suç doğrudan veya olası kastla işlenebilir. Failin saikinin bir önemi bulunmamaktadır. Örneğin kendisini olan borcunu ödemeyen kişinin evini yakmak suretiyle tatmin olmak isteyen kişinin bu saikinin bir önemi yoktur<sup>35</sup>.

### 4) Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka uygunluk sebepleri bakımından zorunluluk halinin uygulanması söz konusu olabilir.

Yerleşimin az olduğu bir mahallede sanığın geceleyin evinin önünde köpeğine saldırıp yaralayan sokak köpeklerini uzaklaştırmak için tüfekle havaya doğru 3 el ateş etmesini genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçu açısından inceleyen Yargıtay Ceza Genel Kurulu eylemin TCK'nın 25/2. maddesi kapsamında bir zorunluluk hali" kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir<sup>36</sup>.

32 DEMİRBAŞ, s.201; GÖKCAN / YAŞAR / ARTUÇ, s. 4858.

33 Bazı yazarlar TCK m.170/2 nin teşebbüse elverişli olduğu görüşündedir. Bu yazarlara göre icra hareketleri bölünebildiği oranda teşebbüs gerçekleşmiştir. Bakınız YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 4858; ARTUK/GÖKÇEN /YENİDÜNYA s. 361.

34 YAŞAR /GÖKCAN/ARTUÇ, s. 4858;

35 POLAT, s.146.

36 Y CGK, ve E. 2012/8-1551, K. 2013/64, T. 19.02.2013; aynı yönde Y. CGK, 17.02.2004 gün ve 26-39 sayılı kararında "kendisine *saldıran başıboş köpeğe zaruretten dolayı bir el ateş eden*", 24.10.1977 gün ve 332-375 sayılı kararında ise "*rastladığı bir kavgayı ve husulü mümkün vahim olayları önlemek ve polisi davet maksadıyla meskun mahalde havaya ateş eden*" sanıkların zaruret hali nedeniyle meskun mahalde nedensiz ateş etmek suçundan cezalandırılmayacakları kabul edilmiştir.

## 5) Suçu Etkileyen Hâller (veya Nitelikli Unsurlar)

### a) Ağırлатıcı nedenler

Genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçu bakımından madde metninde düzenlemesinde özel bir ağırлатıcı neden düzenlenmemiştir.

### b) Hafifletici nedenler

İnceleme konusu yapılan suç bakımından, TCK m. 170 'de özel bir hafifletici neden de öngörülmemiştir.

## 6) Suçların İçtima

Genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçunun başka suçlarla içtima etmesi mümkündür<sup>37</sup>. Öğretide bu halde nasıl bir uygulama yapılacağına ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır.

Öğretide egemen olan görüşe göre, bir fiilin aynı zamanda hem tehlike hem de zarar suçuna neden olması halinde görünüşte içtima kuralı uygulanarak, zarar suçuna ilişkin normun öncelikli olarak uygulanması gerekir<sup>38</sup>. Bu görüşe göre, örneğin failin silahla ateş etmesi sonucu hem genel güvenliğin kasten tehlikeye düşürülmesi suçuna hem de kasten yaralama suçuna sebebiyet verildiğinde kasten yaralama suçun ilişkin TCK m. 81'in uygulanması gerekir.

Bazı yazarlar, aynı yönde genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçunun işlenmesi sonucunda zarar neticesinin ortaya çıkması durumunda fikri içtima kuralları değil görünüşte içtimanın bir çeşidi olan geçit suçunun bulunduğu ve failin zarar suçundan dolayı sorumlu olması gerektiğini ifade etmektedirler<sup>39</sup>.

Bazı yazarlara göre ise maddede tek bir eylemle birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet verilmiş olacağından TCK m. 44 uyarınca farklı nev'iden fikri içtima hükümleri uygulanma alanı bulacaktır<sup>40</sup>. Yargıtay'ın gö-

37 ÖZEN, s. 93.

38 HAKERİ s. 363, KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 509; DEMİREL Muhammed, Karar Analizi Tehlike Suçları - Zarar Suçları Arasındaki İlişkinin İçtima Kuralları Kapsamında Değerlendirilmesi, *İÜHFİM*, c. LXXI, s. 1, 2013, s.1480.

39 ÖZEN s. 32.

40 ÖZGENÇ İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012 s. 525; ARTUK/GOKCEN/YENİDUNYA, s. 313; ÖZBEK Veli Özer / KANBUR M. Nihat / DOĞAN Koray / BACAKSIZ Pınar / TEPE, İlker *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, . 2 Bası,

rüşü de bu yöndedir<sup>41</sup>.

Fiilin tekliğini neticenin tekliği olarak kabul edildiğinde, genel güvenliği kasten tehlikeye sokma suçunda düzenlenen seçimlik hareketlerin yapılması sonucu örneğin bir kişinin ölmesi neticesi meydana geldiğinde, her ne kadar hareket tek olsa da dış dünyada meydana gelen netice birden fazladır, bu nedenle fiilin tekliğinden bahsedilmez. Bu nedenle fikri içtima hükümlerinin uygulanmasına olanak yoktur. Kanaatimizce, bu durumda görünüşte içtima kuralları uygulanmalıdır.

## 7) İştirak

Genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçuna iştirakin her türlü mümkündür. Örneğin, yangın çıkarmak veya patlayıcı madde kullanma fillelerine azmettirme ya da yardım etme biçiminde iştirak mümkündür.

## 8) Yaptırım

TCK m. 170/1 hükmündeki suçun cezası altı aydan üç yıla kadar hapis cezasıdır.

---

Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s. 726; ÖZBEK, s. 737; ZAFER Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011; s.433; GÖKTÜRK Neslihan, *Fikri İçtima*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 239.

41 “(...) *Sanık Seyithan ve Abdulkadir hakkında; kasten yaralama ve korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda silahla ateş etme suçlarından açılan davada, 765 sayılı TCK'nın 264/7. madde ve fıkrasındaki "...eylem başka bir suç oluştursa bile... " şeklindeki düzenleme nedeniyle, suç tarihinde yürürlükte olan 765 sayılı TCK'ya göre sanığın eyleminin hem korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda silahla ateş etme hem de kasten yaralama suçunu oluşturacağı, ancak anılan düzenlemeye 5237 sayılı TCK'nın 170/1-c madde ve fıkrasında yer verilmemesi karşısında, aynı Yasa'nın 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima kuralı uyarınca en ağır cezayı gerektiren fiilden hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden, her iki suçtan hüküm kurulması, (Y. CGK E. 2010/8-51, K. 2010/162, T. 06.07.2010) ; "Sanıkların silahla sair tehdit ve işyerine silahla ateş etme eylemleri hakkında, TCK'nın 44. maddesi uyarınca, bu suçlardan en ağır cezayı gerektiren 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 170/1(c) maddesine mümas suçtan dolayı cezalandırılmaları gerekirken silahla sair tehdit suçundan hüküm kurulması," (Y 4.CD, , E. 2009/13696 K. 2009/15351 T. 05.10.2009); " (...)Sanığın da içinde bulunduğu grubun 12.05.2007 tarihinde ateş etmesi suretiyle genel güvenliğin kasten tehlikeye düşürülmesi, askeri binalarda zarar meydana gelmesi ve iki askerin yaralanması ile sonuçlanan olayda hukuki anlamda bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına neden olan sanığın TCK'nın 44. maddesi hükmü karşısında daha ağır cezayı gerektiren kasten insan öldürmeye teşebbüs suçundan sorumlu tutulması ile yetinilmesi gerektiği gözetilmeden ayrıca TCK'nın 170/1 ve 307/1. maddeleri uyarınca da cezalandırılmasına karar verilmesi," (Y. 9. C. D., E. 2011/6378, K. 2011/8651, T. 06.07.2011).*

Maddenin 2. fıkrasına giren hallerde verilecek ceza hükmündeki suçun cezası üç aydan bir yıla kadar hapis veya adlî para cezasıdır. Hapis cezası ile adli para cezası seçenek cezalar olarak düzenlenmiştir.

### **9) Muhakeme Usulü**

TCK m.170 /1. de düzenlenen suçun cezasının üst sınırı üç yıl olduğu için, bu fıkradaki suçu kovuşturmayla görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesidir.

TCK m.170/2'de düzenlenen suçun cezasının üst sınırı 1 yıl olduğu için, bu fıkradaki suçu kovuşturmayla görevli mahkeme Sulh Ceza Mahkemesidir.

Suç re'sen kovuşturulan suçlardandır. Önödeme ve uzlaşmaya tabi değildir. Maddenin 2. fıkrasında düzenlene suç 5271 sayılı CMK'nın m.231/5 düzenlemesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamındadır. Maddenin 1. fıkrası uyarınca yapılacak yargılama sonucu hükmedilen ceza 2 yıl ve altında kalırsa ve diğer şartlar da mevcutsa, hükmün açıklanmasının geri bırakılması mümkündür.

## KAYNAKÇA

- ARTUÇ Mustafa / AKKAYA Çetin / GEDİKLİ Cemil, 2006-2007-2008 İctihatları ile Türk Ceza Kanunu, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.
- ARTUK M. Emin / GÖKÇEN Ahmet / YENİDÜNYA A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- ARTUK M. Emin / GÖKÇEN Ahmet / YENİDÜNYA A. Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- ASLAN Çetin / AZİZAĞAOĞLU Bahattin, *Yeni Türk Ceza Hukuku Şerhi*, 2004.
- AYDIN Murat, “Genel Güvenliği Kasten Tehlikeye Düşürmek Suçu, Silah Kavramı ve Yargıtay Uygulaması”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Şubat 2007, Sayı:6, s.11-; s.50-
- DARAGENLİ Vesile Sonay, “Tehlike Suçları”, *Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan*, Alfa Yayınları, İstanbul, 1999, s.
- DEMİRBAŞ Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.
- DEMİREL Muhammed, Karar Analizi Tehlike Suçları - Zarar Suçları Arasındaki İlişkinin İctima Kuralları Kapsamında Değerlendirilmesi, *İÜHFİM*, c. LXXI, s. 1, 2013, s.1479-1488.
- DONAY Süheyl, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007.
- ERMAN Sahir / ÖZEK Çetin, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamunun Selametine Karşı Suçlar (TCK 369-413)*, Dünya Yayıncılık, İstanbul, 1995.
- GÖKTÜRK Neslihan, *Fikri İctima*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- HAKERİ Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Bası. Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- KAYMAZ Seydi / GÖKCAN Hasan Tahsin, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Tak-sirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları*, Ankara, 2006.
- KOCA Mahmut / ÜZÜLMEZ İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.
- MEMİŞ Pınar, “Genel Tehlike Yaratan Suçlar”, *Alman Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku*, c. III, *Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan*, İstanbul, 2010, s.795-804.
- ÖZBEK Veli / KANBUR M. Nihat / DOĞAN Koray / BACAKSIZ Pınar / TEPE İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.

ÖZBEK Veli Özer; *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı; TCK İzmir Şerhi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.

ÖZEN Muharrem, *Genel Tehlike Yaratan Suçlar*, Us-a Yayıncılık, Ankara, 2010.

ÖZGENÇ İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler*, 3. Bası, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını, Ankara, 2006.

PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007.

POLAT Halil, “Genel Güvenliğin Tehlikeye Sokulması Suçu İle Bu Suçun Diğer Suçlarla İctimar”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Nisan 2010, sayı 1, s. 135-166.

YAŞAR Osman / GÖKCAN Hasan Tahsin / ARTUÇ Mustafa, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

# La distinction entre la matiere civile et la matiere penale dans la jurisprudence de la CEDH

---

Yard. Doç. Dr. Gerçek Şahin YÜCEL\*

## ÖZET

Avrupa İnsan Hakları Beyannamesi'nin adil yargılanma hakkıyla ilgili olan 6. Maddesinin lafzı bütün anlaşmazlıklara değil, sadece medeni ve cezai alanlardaki anlaşmazlıklara uygulanmasını öngörür. Net olmayan bu iki kavram, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından özgün bir şekilde yeniden tanımlanmıştır. Karmaşık olan bu kavramları açıklama niyetinde olan mahkeme, bu iki kelimeye bir Avrupa tanımı yapmıştır. Aslında mahkeme; bu tanımları sözleşmeye taraf olan devletlerin iç hukuklarına bırakmaktan ziyade, konuyla ilgili maddenin çoğu anlaşmazlıkları kapsayabilmesi için çok geniş bir tanım vermiştir. Lakin mahkemenin bu tutumu, zamanla bu iki kavramı daha da karmaşık hale gelmiştir. Ve günümüzde hukukçular 6.Maddenin kapsama alanını belirlemede çok zorlanmaktadır.

**Anahtar kelimeler:** AIHM, İnsan hakları hukuku, 6. madde, Medeni alan, Cezai alan

---

\* Maître de conférences à l'Institut de l'Union Européenne de l'Université Marmara.

## INTRODUCTION

L'article 6 de la Convention est applicable à « un tribunal ... qui décidera, soit des contestations sur des droits et obligations de caractère civil, soit du bien fondé de toute accusation en matière pénale ... ». Les rédacteurs de la Convention entendaient ainsi limiter l'applicabilité de cette disposition aux procédures strictement contentieuses devant une juridiction formellement, organiquement, identifiée comme telle. Dans le cadre de son interprétation dynamique<sup>1</sup>, téléologique, la Cour européenne a privilégié une lecture différente mettant en avant, pour déterminer l'applicabilité de l'article 6, l'objet même de la contestation, soit un critère matériel. Les arrêts *Golder* (21 février 1975, A. 18)<sup>2</sup> et *Le Compte, Van Leuven et De Meyere* (23 juin 1981, A.43) consacrent cette interprétation. Les deux critères matériels identifiés sous l'appellation de « matière civile » et « matière pénale » deviennent déterminants<sup>3</sup> dans les chances des requérants de voir leurs plaintes déclarées recevables, et donc examinées par la Cour. La conséquence la plus originale de cette priorité du critère matériel retenue par la Cour est de faire tomber dans son domaine de compétence des « contestations » (CEDH, *Scuderi contre Italie*, 24 août 1993) ou des « accusations » (CEDH, *Albert et Le Compte contre Belgique*, 10 février 1983) qui ne relèvent pas, en droit interne, d'une « décision » (CEDH, *Lombardo contre Italie*, 26 novembre 1992) d'une juridiction au sens du droit national. Dès lors les repères nationaux qui auraient pu constituer autant d'échappatoires de la responsabilité des Etats parties s'estompent. L'article 6 ne saurait être limité aux seules juridictions de l'ordre judiciaire, les contentieux « publics », administratifs, peuvent relever du champ d'application de l'article 6. Les garanties du procès équitable sont ainsi étendues en dehors du champ judiciaire et en dehors du contentieux des seules des juridictions ordinaires<sup>4</sup>.

Les deux critères classiques de l'applicabilité 6-1 sont marqués essentiellement par un certain nombre de points de convergences qui, sans remettre en cause leur distinction, en font deux redoutables instruments de la politique jurisprudentielle du juge européen des droits de l'homme dans le domaine prolix du procès équitable. Les convergences et la complémentarité

1 Sudre, *A propos du dynamisme*, p.335.

2 Sudre, Marguénaud, Andrantsimbazovina, Gouttenoire, Levinet, n° 26.

3 Le critère organique n'est pas indifférent, il est simplement secondaire. Voir Sudre et Picheral, p.46.

4 Ibid. p.16.



qui marquent ces deux notions « attrape-presque-tout »<sup>5</sup> (I) rendent difficile, mais nécessaire, l'établissement d'une ligne de démarcation, d'une frontière commune entre ces deux notions clés, distinction dont l'intérêt pour être relatif une fois déterminé l'applicabilité de l'article 6, n'en demeure pas moins nécessaire (II).

### **Convergences et complémentarité de deux notions « attrape-presque-tout »**

Le distinction des deux notions permet à la Cour de jouer sur l'une ou l'autre essentiellement pour étendre aussi loin que possible l'applicabilité du droit à un procès équitable.

Matière civile et matière pénale sont deux notions autonomes<sup>6</sup> dont l'évocation est soumise à condition et qui, elles-mêmes, conditionnent l'applicabilité des règles du procès équitable (A). La jurisprudence de la Cour donne de l'une comme de l'autre une conception extensive, particulièrement s'agissant de la matière civile (B).

#### ***Deux notions autonomes***

*A priori*, l'énoncé de l'article 6-1 est plutôt restrictif puisqu'il induit que ses garanties ne s'appliquent pas à tous les litiges. Seules entrent dans son champ d'application les « contestations sur les droits et obligations de caractère civil »<sup>7</sup> et « toute accusation en matière pénale »<sup>8</sup>.

De plus, les deux notions sont soumises elle-mêmes à une condition préalable qui les distingue, au moins dans les termes employés :

- une « contestation » sur un droit d'un côté qui renvoie au caractère civil de la matière concernée
- une « accusation » de l'autre, terme qui renvoie au droit pénal tel qu'on le conçoit dans la plupart des systèmes de droit interne.

Ces deux pré-conditions sont entendues très soupagement par la Cour. D'une part, il suffit que la contestation porte sur un droit « au moins de manière défendable reconnu en droit interne » pour le premier<sup>9</sup> ce qui peut

<sup>5</sup> Sudre, *Droit européen*, p. 342.

<sup>6</sup> Sudre, *L'interprétation*, p.93.

<sup>7</sup> Article 6-1.

<sup>8</sup> Article 6-1.

<sup>9</sup> CEDH, *James et a. c. Royaume-Uni*, n° 65.

néanmoins poser quelques difficultés notamment lorsque la loi interne prévoit un système d'exonération de responsabilité de l'Etat<sup>10</sup>. La Cour parvient dans la plupart des cas à s'affranchir de tels obstacles en faisant aussi de cette « contestation sur des droits » une notion elle-même autonome<sup>11</sup>. D'autre part la notion d'accusation renvoie à l'idée d'infraction pénale (CEDH, *Deweer c. Belgique*, 27 févr. 1980), elle est aussi analysée comme une notion autonome jaugée à l'aune des « répercussions importantes sur la situation » du requérant<sup>12</sup>.

En faisant de la « matière civile » et de la « matière pénale » deux notions autonomes, la Cour se libère a priori de toute influence que pourraient exercer les classifications du droit interne sur le champ d'application de l'article 6 dont elle garde l'entière maîtrise.

Ainsi, la matière civile se rapporte à « toute procédure dont l'issue est déterminante pour des droits et obligations de caractère privé » (CEDH, *König c. RFA*, 28 juin 1978). Peu importe la nature du texte applicable en droit interne comme la qualité de l'organe national compétent. Le caractère privé du droit en cause est apprécié indépendamment des distinctions qui peuvent exister en droit interne entre droit public et privé par exemple (cf. CEDH, *Ringelsen c. Autriche*, 16 juillet 1971, § 94). Dans cet arrêt *König* relatif à la contestation par le requérant du retrait d'une autorisation d'exercer la médecine et d'exploiter une clinique devant les tribunaux administratifs allemands, la Cour avait souligné que, si le litige oppose un particulier et une autorité publique, il n'est pas « décisif que celle-ci ait agi comme personne privée ou en tant que détentrice de la puissance publique » mais que « seul compte le caractère du droit qui se trouve en cause » (§ 90).

Pour la matière pénale la logique d'une approche uniformisante ou englobante est identique. En effet, comme le soulignait Mireille Delmas-Marty, on observe au sein des Etats « un éclatement des catégories pénales »<sup>13</sup>. Cet éclatement ne saurait se retrouver dans la détermination de l'applicabilité de

10 CEDH, Gde ch., *Roche c. Royaume-Uni*, 19 octobre 2005 (art. 6 inapplicable à la plainte d'anciens militaires victimes de gaz toxiques du fait d'une législation prévoyant une exonération de responsabilité de l'Etat), chron. F. Sudre, *JCP, G*, 2006, I.109, n°4 ; *RDP* 2006, p.799 obs. G. Gonzalez.

11 CEDH, *Posti et Rahko c. Finlande*, 24 sept. 2002 : droit de caractère civil de pêcher le saumon et la truite dans des zones concédées par l'Etat puis réglementées restrictivement.

12 CEDH, *Serves c. France*, 20 oct. 1997 : assignation à comparaître comme témoins et condamnation pour refus de prêter serment

13 *Marty*, p.16.

l'article 6 sous peine de lui ôter toute effectivité ou, au moins, toute lisibilité. Dès lors, comme pour la matière civile, la Cour va s'employer à gommer ces distinctions dans le champ d'application de la Convention. Dans l'affaire *Engel c. Pays-Bas*<sup>14</sup>, la Cour affirme que « si les Etats contractants pouvaient à leur guise qualifier une infraction de disciplinaire plutôt que de pénale, ou poursuivre l'auteur d'une infraction 'mixte' sur le plan disciplinaire de préférence à la voie pénale, le jeu des clauses fondamentales des articles 6 et 7 se trouverait subordonné à leur volonté souveraine » et il appartient à la Cour de vérifier « que le disciplinaire n'empiète pas indûment sur le pénal » (§81).

Ainsi la démarche est identique. Sous couvert d'imposer un standard européen du procès équitable, la Cour parvient à faire abstraction des subtilités des classifications nationales. Sinon, l'ordre public européen qu'elle souhaite favoriser risquerait d'être privé d'une grande part d'effectivité. Reste dans l'un et l'autre cas à déterminer les critères d'identification de l'une et l'autre matière. La Cour a résolument adopté des critères très attractifs, plus d'ailleurs pour la matière civile que pour la matière pénale.

### *Deux notions identifiées par des critères attractifs*

Pour la Cour s'est imposé un critère principal sinon exclusif comme révélateur de la matière civile : l'aspect patrimonial du droit revendiqué et du but poursuivi<sup>15</sup>. Ce critère de la patrimonialité se révèle très attractif et sert parfaitement la politique jurisprudentielle de la Cour au regard de l'applicabilité de l'article 6 dans son volet civil.

Ainsi la matière civile englobe-t-elle les sanctions disciplinaires, notamment ordinales, qui n'entrent pas dans le champ pénal, mais aussi ce que l'on pourrait appeler la matière sociale (licenciements, prestations sociales) et, surtout, des pans importants du droit public comme le contentieux du droit de propriété et de l'urbanisme, celui de la réparation fut-elle liée à la mise en œuvre de la responsabilité administrative<sup>16</sup>.

De ce point de vue la jurisprudence de la Cour est d'une remarquable constance jusqu'à contaminer certains domaines dans un raisonnement essentiellement finaliste comme vient de l'illustrer l'affaire *Okyay et a. c. Turquie*

<sup>14</sup> CEDH, 23 nov. 1976, *GACEDH* n° 4.

<sup>15</sup> CEDH, *Ed. Périscope c. France*, 26 mars 1992, A 234-B.

<sup>16</sup> Par ex. CEDH, *X. c. France*, 31 mars 1992, A 234-C : indemnisation des personnes contaminées par le VIH.

<sup>17</sup> par laquelle la Cour fait entrer dans le champ de la matière civile une revendication au droit à un environnement sain dans un contentieux qui n'avait rien de patrimonial, les requérants ne se plaignant d'aucun dommage économique ou autres pertes (§ 65).

Il n'en demeure pas moins que certaines matières qui sont « de nature administrative et discrétionnaire » (CEDH, *Ringeisen c Autriche*, 16 juillet 1971) et impliquant l'exercice de fortes prérogatives de puissance publique demeurent soustraites à l'applicabilité de l'article 6 en matière civile. Ce contentieux qui peut être inéquitable tend cependant à apparaître marginal ; il s'agit de :

- les taxations fiscales et droits de douanes malgré leur nature patrimoniale<sup>18</sup>.
- le domaine de la police du séjour des étrangers<sup>19</sup>.
- le contentieux électoral<sup>20</sup>.
- le contentieux de la fonction publique avec une tendance au resserrement des critères d'exclusion qui limite considérablement la portée de cette exclusion et qui sont maintenant posés par l'arrêt *Vilho Eskelinen et a. c. Finlande*<sup>21</sup> qui concerne des policiers et revient sur les critères posés par *Pellegrin c. France* (8 déc. 1999). Désormais échappent à la garantie de l'article 6 les contentieux mettant en cause un fonctionnaire occupant un poste pour lequel le droit interne exclut expressément l'accès à un tribunal pour des motifs objectifs liés à l'intérêt de l'Etat. L'objet du litige doit être lié à l'exercice de l'autorité étatique ou remettre en cause le lien spécial de confiance et de loyauté entre le fonctionnaire et son employeur. La présomption d'applicabilité est substituée au principe d'exclusion qui dominait la jurisprudence antérieure. Mais le raisonnement suivi par la Cour est éminemment critiquable puisque l'accès à un « tribunal » est érigée en condition d'applicabilité de l'article 6-1 et fait produire au prin-

17 CEDH, 12 juillet 2005, chron. F. Sudre, *JCP* 2006, I, 109 n° 3 ; *RDP* 2006 p. 798, obs. G. Gonzalez.

18 CEDH, Gde Ch., *Ferrazzini c. Italie*, 12 juillet 2001.

19 CEDH, Gde Ch., *Maouia c. France*, 5 oct. 2000.

20 CEDH, *Pierre-Bloch c. France*, 21 oct. 1997 : droit de se porter candidat à une élection

21 CEDH, Gde ch., 19 avril 2007, *RFDA* 2007 p. 1071 et s., obs. G. Gonzalez.

cipe de subsidiarité des effets disproportionnés<sup>22</sup>.

La situation des quelques marginaux qui demeurent exclus de la garantie du procès équitable apparaît de plus en plus difficilement acceptable notamment s'agissant des contribuables, des étrangers soumis à la procédure d'asile politique ou d'éloignement du territoire soit des catégories de requérants qui se trouvent dans une situation d'infériorité notoire face à la machine étatique. S'agissant des contribuables, le « rattrapage » au titre du volet pénal devient possible sous certaines conditions examinées plus loin en cas de majoration d'impôts. Pour les étrangers, on sait que d'autres garanties existent, tirées de l'article 1 protocole 7 de la Convention<sup>23</sup> ou de l'article 13 valorisé par la Cour à leur égard<sup>24</sup>. Il n'en demeure pas moins que cette exclusion de la garantie de l'une des dispositions procédurales phare de la Convention gêne. Pour les fonctionnaires, ce qui choque, c'est la ligne de partage arbitrairement tracée avec les autres salariés qui ne sont pas dans un tel lien de subordination par rapport à l'Etat<sup>25</sup>. De l'exclusion du contentieux électoral, en revanche, on s'accommode mieux.

Par ailleurs, aucune de ces matières ne tombe automatiquement dans la matière pénale caractérisée par trois éléments que l'on appelle les critères Engel :

- la qualification de l'infraction en droit interne
- la nature de l'infraction reprochée
- la nature et la sévérité de la sanction prononcée, exécutée ou simplement encourue.

L'application de ces critères n'a pas toujours été très cohérente, la Cour les appréciant parfois de façon alternative, parfois de façon cumulative lorsque c'est la seule solution pour retenir l'applicabilité du texte dont elle peut ainsi

---

22 Cf RFDA 2007, obs. G. Gonzalez précitées ; aussi RDP 2008 n° 3, obs. G. Gonzalez. Pour une application voir CEDH, déc. 11 décembre 2007, *Sukut c. Turquie* (révocation de l'armée hors champ d'application de 6-1).

23 Par ex. CEDH, *Lupsa c. Roumanie*, 8 juin 2006, *JCP G* 2006, I, 164 n° 14, chron. F. Sudre ; *RDP* 2006 p. 883 obs. M. Levinet.

24 CEDH, *Gebremedhin c. France*, 26 avr. 2007, *JCP G*, 2007, I-182, n°12, chron. F. Sudre.

25 R.Koering-Joulin, «Le juge impartial», *Justices*, 1<sup>er</sup> avril 1998, p. 1

préservé l'effet utile (*Bendenoun c/ France*, 24 février 1994)<sup>26</sup>. Avec l'arrêt de Grande chambre *Jussila c/ Finlande* (23 nov. 2006)<sup>27</sup>, relatif à une procédure infligeant au requérant, qui aurait commis des erreurs dans ses déclarations, un redressement fiscal au titre de la TVA et une majoration de 10 % d'impôts, la Cour considère que le critère de la nature de la sanction est déterminant et que celui de sa gravité n'est, éventuellement, qu'un élément « supplémentaire et distinct d'attribuer à l'infraction un caractère pénal » (§33). Désormais c'est la quasi-totalité du contentieux des majorations d'impôts qui entre dans le volet pénal de l'article 6 de la Convention.

En dehors des peines privatives de liberté on doit constater que l'extension de la matière pénale s'est aussi réalisée en fonction d'un critère de patrimonialité implicite puisque cette extension frappe essentiellement les domaines des sanctions administratives même si elles sont mises en œuvre par des autorités administratives indépendantes qui, organiquement, ne sont pas des tribunaux (CEDH, *Didier c. France*, déc. 27 août 2002<sup>28</sup>), des sanctions fiscales ou infligées par une juridiction financière. Le pouvoir répressif s'apprécie ainsi par rapport à la finalité punitive de la sanction (ce qui renvoie plutôt à la notion d'accusation) et à sa nature essentiellement privative de liberté ou patrimoniale.

### **Intérêt relatif de la ligne de démarcation entre les deux notions**

Au total, on serait tenté de dire que, à de rares exceptions près, ce qui n'entre pas dans le volet civil de l'article 6 entre dans son volet pénal et vice-versa tant l'emprise de cette disposition de la Convention est aujourd'hui importante. On pourrait dès lors s'interroger sur l'utilité d'une distinction qui ne permet finalement que si peu d'échappatoires à l'applicabilité de l'article 6. Pourtant si l'applicabilité de l'article 6 impose des contraintes communes à la matière civile et pénale (A), cette dernière demeure soumise à des exigences plus lourdes qui justifient le passage obligé par l'étape de la qualification du champ concerné (B).

### ***Les contraintes communes***

Bien évidemment l'extension du champ d'application de l'article 6-1 impose aux tribunaux concernés de se soumettre aux exigences posées par ce texte avec parfois des effets de contamination d'une matière à l'autre.

---

<sup>26</sup> *GACEDH* n° 24.

<sup>27</sup> Chron. F. Sudre, *JCP*, G, 2007, I.106, p. 19 ; *RDP* 2007 p. 878 obs. G. Gonzalez.

<sup>28</sup> *JCP*, G, 2003 II, 10177 note G. Gonzalez.

Tout d'abord les justiciables d'une action relevant de l'article 6 bénéficie d'un droit d'accès concret et effectif à un tribunal (CEDH, *Golder c. R-U*, 21 février 1975). Ce droit implique l'accès à un « organe judiciaire de pleine juridiction » (CEDH, *Albert et Le Compte c. Belgique*, 10 février 1983 : procédure disciplinaire devant l'Ordre des Médecins) et aussi un accès effectif au juge. Sur ce dernier point les conditions propres à la matière civile ont été révisées à la hausse pour les hisser, sous certaines conditions, aux exigences *a priori* propres à la matière pénale.

Ainsi, et alors que le principe de l'aide judiciaire gratuite ne joue en principe que pour la matière pénale (art. 6§3), le juge européen l'impose dans le cadre de la matière civile mais seulement lorsque l'affaire est particulièrement complexe<sup>29</sup>.

Pour le reste l'uniformisation de l'applicabilité de l'article 6-1 impose tant dans la matière civile que pénale le respect de l'égalité des armes, du principe du contradictoire, d'indépendance et d'impartialité, de publicité et de célérité des procédures.

Sur tout ces points, une fois franchi l'obstacle de l'applicabilité de l'article 6-1, le rouleau compresseur uniformisant de la jurisprudence européenne se met en marche pour imposer des contraintes qui, comme on le sait, font une large place à la théorie des apparences, sans concession pour certaines spécificités nationales comme, par exemple, celle du rôle du commissaire du gouvernement devant les juridictions administratives françaises<sup>30</sup>.

Le modèle du procès équitable s'impose ainsi uniformément quelle que soit la matière, civile ou pénale, concernée. C'est compréhensible dans la logique de la Cour puisque les mêmes organes juridictionnels peuvent être conduits à connaître d'affaires relevant tant d'une matière que de l'autre et qu'il est difficile d'ajuster leurs règles de fonctionnement selon qu'est en cause un droit défendable ou une accusation.

La contamination peut aussi jouer dans l'autre sens, du civil vers le pénal. Ainsi, le droit à l'exécution des décisions de justice traditionnellement attaché à la procédure civile s'applique aussi, mais c'est bien le moins, s'agissant de l'inexécution d'une décision d'acquiescement, à la procédure pénale (CEDH, Gde ch., *Assanidzé c. Georgie*, 8 avril 2004).

<sup>29</sup> CEDH, *Airey c. Irlande*, 9 oct. 1979 (jugement de séparation de corps en Irlande où le divorce est interdit), *GACEDH* n° 2 ; CEDH, *Steel et Morris c. R-U*, 12 février 2005 (défendeurs d'actions en diffamation intentées par Mac Donald), *RDP* 2006 p. 800 obs. G. Gonzalez.

<sup>30</sup> CEDH, *Kress c. France*, 7 juin 2001 ; *Martinié c. France*, 12 avril 2006.

L'intérêt de la distinction entre la matière civile et pénale, indépendamment des organes juridictionnels (ou non) sollicités, tient ainsi surtout aux contraintes spécifiques qui s'attachent aux différends relevant de la matière pénale.

### *Les contraintes spécifiques aux procès relevant de la matière pénale*

La matière pénale génère des exigences accrues compte tenu de l'enjeu du litige pour le justiciable ce qui n'est pas sans conséquences sur l'office du juge intervenant dans cette matière pénale, quelle que soit sa dénomination et ses compétences spécifiques.

Ainsi, s'agissant du droit à un tribunal de pleine juridiction, le juge européen a-t-il précisé pour la matière pénale que le juge devait détenir « le pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise », une telle précision ayant été apportée dans un contentieux relatif à des sanctions administratives pour infractions routières (CEDH, *Schmautzer c. Autriche*, 23 oct. 1995, A.328-A). Ces précisions ont bien sûr générés des ajustements plus ou moins importants dans le contentieux des sanctions administratives en droit interne.

Le même phénomène peut être relevé dans le cadre de l'application du principe de l'égalité des armes dès lors qu'il s'agit d'examiner la question de la recherche de preuves (CEDH, *Dombo Beheer B. V. c. Pays-Bas*, 27 oct. 1993, A.274). Chaque partie doit pouvoir participer à cette recherche ce qui a encore des conséquences dans le domaine des sanctions administratives.

En ce qui concerne la publicité de la procédure, là encore, elle est particulièrement importante lorsque une juridiction notamment d'appel doit connaître de questions de fait comme de points de droit et doit se prononcer sur la culpabilité de prévenus (CEDH, *Helmers c. Suède*, 29 oct. 1991, A.212-A). Mais c'est cette exigence qui disqualifie la procédure de jugement des comptes des comptables publics devant la Cour des comptes dans l'affaire *Martinié* qui relève pourtant du volet civil (11 avril 2006) alors que le juge européen s'accommode de l'absence d'une telle publicité dans une affaire relevant du volet pénal mais relative à une majoration d'impôts « vénielle » (*Jussila* précité)..

Aussi pour le décompte du délai raisonnable, en matière pénale, le *dies a quo* est la date à laquelle l'accusation, au sens de l'article 6§1, est portée (*Eckle c. Allemagne*, 15 juillet 1992, A.51). Le *dies a quem* est, en revanche, la date de la décision définitive en matière pénale alors qu'en matière civile,



le délai court jusqu'à l'exécution complète du jugement. Mais on peut penser que dans un cas comme celui de l'affaire *Assanidzé*, le délai bien que relevant de la matière pénale, est prolongé faute d'exécution de la décision ici de relaxe.

Le champ de la matière pénale apporte à l'accusé des garanties supplémentaires, même si, là encore, une certaine contamination peut être observée.

Ainsi, l'identification de la matière pénale rend applicable l'exigence d'un double degré de juridiction prévue par l'article 2 du protocole 7. C'est sur ce fondement notamment que la procédure de contumace française a été sanctionnée<sup>31</sup>.

Mais surtout, la matière pénale ouvre les garanties des paragraphes 2 (présomption d'innocence) et 3 (droits de la défense) de l'article 6 qui s'appliquent spécifiquement à « tout accusé ». Dès lors, il s'en suit logiquement une forte coloration pénale des procédures relatives à des sanctions administratives ou des sanctions fiscales.

Au total, si les notions de matière civile et pénale étaient sans doute claires et de conception strictes dans l'esprit des rédacteurs de la Convention, elles le sont beaucoup moins aujourd'hui. Le juge européen les utilise, parfois les instrumentalise, dans un double objectif : étendre le plus possible le champ d'application de l'article 6 de façon à laisser subsister le moins d'angles morts possibles ; renforcer les garanties des justiciables, notamment lorsqu'ils sont victimes d'une accusation au sens de l'article 6. Cet objectif est aujourd'hui atteint dans une très large mesure et, semble-t-il, assez convenablement intégré par les juridictions nationales qui sont les juridictions de droit commun d'application des garanties énoncées par la Convention.

## RÉFÉRENCES

GONZALEZ, Gerard, CEDH, Gde ch., 19 avril 2007, RFDA p. 1071

GONZALEZ, Gerard, CEDH, Déc. 11 décembre 2007, Sukut c. Turquie ; RDP n° 3

GONZALEZ, Gerard, CEDH, 12 juillet 2005 ; RDP p. 798

GONZALEZ, Gerard, CEDH, Gebremedhin c. France, 26 avr. 2007; RDP p. 878

GONZALEZ, Gerard, CEDH, Steel et Morris c. R-U, 12 février 2005 ; RDP p. 800

GONZALEZ, Gerard, CEDH, Gde ch., Roche c. Royaume-Uni, 19 octobre 2005  
RDP p.799

---

<sup>31</sup> CEDH, *Krombach c. France*, 3302 obs.

- LEVINET Michel, CEDH, Lupsa c. Roumanie, 8 juin 2006 RDP p. 883
- MARGUENAUD Jean-Pierre, CEDH, Krombach c. France, 13 février 2001, D. 3302.
- MARTY, Mireille Delmas, Les grands systèmes de politique criminelle, 1e édition, Paris PUF, 1992
- KOERING-JOULIN, R. Le juge impartial, Justices, 1998.
- SUDRE, Frédéric, Droit européen et international des droits de l'homme, 8ème éd., Paris PUF, 2006
- SUDRE, Frédéric, L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, Droit et Justice n° 21, Paris, 1998
- SUDRE, Frédéric, CEDH, Lupsa c. Roumanie, 8 juin 2006, JCP G , I, 164 n° 14,
- SUDRE, Frédéric, CEDH, 12 juillet 2005, JCP , I, 109 n° 3 ;
- SUDRE, Frédéric, CEDH, Gebremedhin c. France, 26 avr. 2007, JCP I-182, n°12
- SUDRE, Frédéric, CEDH Gebremedhin c. France, 26 avr. 2007, JCP, G, , I.106, p. 19 ;
- SUDRE, Frédéric, A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme, JCP G I, 335.
- SUDRE, Frédéric, CEDH, Gde ch., Roche c. Royaume-Uni, 19 octobre 2005, JCP, G, I.109, n°4
- SUDRE, Frédéric, MARGUENAUD Jean-Pierre, ANDRANTSIMBAZOVINA Joël, Gouttenoire Adeline, LEVINET Michel, Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme, 4ème éd ; Thémis droit, Paris, Puf, 2007
- SUDRE, Frédéric et PICHERAL Caroline, La diffusion du modèle européen du procès équitable, La documentation française, Paris, 2003

# 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 120. Maddesindeki Haksız Arama Suçu

**Dr. Güçlü AKYÜREK\***

“Haksız arama” başlıklı düzenleme 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun “Kişilere Karşı Suçlar” kısmının “Hürriyete Karşı Suçlar” bölümündeki 120. maddede yer almaktadır. Suç şu biçimde tanımlanmaktadır: “*Hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisine üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir*”. Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ilgili 183. maddesi ise şöyledir: “*Kanunda yazılı hallerin haricinde bir kimsenin üzerini aramak için emir veren yahut bizzat arayan memur altı aya kadar hapis olunur*”.

Düzenleme, 765 sayılı yasanın yürürlükte olduğu 79 yıl boyunca herhangi bir değişikliğe uğramadığı gibi 5237 sayılı yasa yürürlüğe girdikten sonraki dönemde de değişmemiştir. Bu özelliğe sahip ender ceza maddelerinden biridir.

Gerek yasada bulunduğu yer gerekse maddenin içeriğinden dolayı birçok temel hakla bağlantısı olan 120. maddenin böylece birçok uluslararası sözleşme hükmü, anayasa hükmü ve başkaca yasal düzenlemeyle de ilişkisi bulunmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi, Anayasa'nın 20. maddesi, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu'nun 9. maddesi ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 116 ve devamı maddeleri ilk başta söylenmesi gerekenlerdir.

Ayrıca suçun yalnızca kamu görevlisi tarafından işlenebilecek bir özgü suç olması karşısında öğretide haklı olarak “görevi kötüye kullanma” suçunun

---

\* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

özel bir hali olduğu belirtilmektedir<sup>1</sup>. Hatta bu durum madde gerekçesinde, dolaylı yoldan da olsa, söylenmektedir.

### **Korunan Hukuki Yarar**

Suçla korunan hukuki yarar öncelikle kişinin özgürlüğüdür. Zira madde zaten bu bölümde yer almaktadır. Kişinin üstü veya eşyası aranırken hareket özgürlüğünün de kısıtlanacağı düşünülecek olursa bu suçun işlenmesiyle kişi özgürlüğüne de zarar verildiği görülmektedir<sup>2</sup>. Ayrıca üst araması sırasında kaçınılmaz olarak kişinin vücuduna bir müdahalede bulunulması da söz konusu olduğundan vücut dokunulmazlığı da bu suçla korunan hukuki yararın içinde yer almaktadır<sup>3</sup>.

Öte yandan düzenlemenin yukarıda da ifade edilen uluslararası ve ulusal mevzuatla olan bağlantısı dikkate alındığından diğer hakların yanında özel hayatın gizliliği hakkının da korunduğu görülmektedir. Nitekim Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı" başlıklı 8. maddesinin ilk fıkrası bu hakkın çerçevesini çizerken ikinci fıkrasında da hukuka uygun bir müdahalenin koşulları belirlenmektedir. Bu bağlamda her ne kadar "arama" açıkça öngörülmemiş olsa da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, vücut aramasının 8. madde açısından bir müdahale oluşturduğunu ve 2. fıkarda belirtilen koşullara uymak zorunda olduğunu açıkça ifade etmiş (26 Eylül 2006 tarihli *Wainwright-Birleşik Krallık* kararı par. 43); bir başka kararında da çok geniş ve belirsiz kapsamlı arama kararlarının bu maddeyi ihlal ettiği sonucuna varmıştır (13 Kasım 2003 tarihli *Elçi-Türkiye* kararı). Ayrıca 1982 Anayasası'nın "özel hayatın gizliliği" başlıklı 20. maddesi de tıpkı 1961 Anayasası'nın 15. maddesi gibi ilk fıkrasında özel hayatın gizliliği hakkını korumakta, ikinci fıkarda ise hukuka uygun bir aramanın koşullarını ayrıntılı olarak ortaya koymaktadır. Zaten Anayasa Mahkemesi de hem 1961 Anayasası döneminde verdiği 25 Nisan 1974 tarih ve E:1973/41 K:1974/13 sayılı kararında hem de 1982 Anayasası döneminde verdiği 22 Şubat 2006 tarih ve E:2003/29 K:2006/24 sayılı kararında aramanın özel hayatın gizliliğine müdahale niteliğini açık biçimde kabul etmiştir.

Tüm bu düzenleme ve uygulamanın karşısında kişinin üstünün ve/veya eşyasının aranmasının temel bir hak olan özel hayatın gizliliği hakkına mü-

1 ÖZBEK Veli Özer, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt II, Seçkin, Ankara, 2008, s. 813.*

2 SOYASLAN Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Bası, Savaş, Ankara, 1999, s. 593.*

3 ÖZBEK Veli Özer, *a.g.e., s. 813.*

dahale niteliği taşıdığı ve böylece 120. maddede yer alan suçla korunan hukuki yararın içinde özel hayatın gizliliği hakkının bulunduğu da söylenebilmektedir<sup>4</sup>.

### Maddi Unsur

1) Fail: Mevcut yasal düzenleme karşısında haksız arama suçunun bir özgü suç olduğu ve yalnızca kamu görevlileri tarafından işlenebileceği açıktır. Arama eyleminin gerek Anayasa (m. 20) gerekse suç işlendikten sonra yapılan adli aramalar açısından Ceza Muhakemesi Kanunu (m. 116 vd.) veya suçun işlenmesini önlemek amacıyla yapılan önleme aramaları açısından da Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu (m. 9) uyarınca yalnızca kamu görevlilerince gerçekleştirilebilir olması karşısında, düzenleme kendi içine tutarlıdır. Zira arama kararı ya yargıç ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde cumhuriyet savcısı veya mülki amir tarafından verilmekte, polis ya da jandarma görevlileri tarafından uygulanmaktadır.

765 sayılı Yasa suçun yalnızca memurlar tarafından işlenebileceğini kabul ederken<sup>5</sup> 5237 sayılı yasa kamu görevlisi kavramını kullanmış ve “Tanımlar” başlıklı 6. maddesinin 1. fıkrasının c) bendinde şu şekilde tanımlamıştır: “*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*”. Böylece “memur” kavramından daha geniş bir içeriğe sahip olan kamu görevlisi için, *madde gerekçesinde “yegâne ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır”* açıklaması yer almaktadır. İdare Hukuku’nda yer almayan “kamusal faaliyet”<sup>6</sup> ise “*Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir*” biçiminde açıklanmaktadır. Öte yandan kamusal faaliyete katılımın bir maddi karşılığının olup olmamasının ya da sürekli ya da geçici olmasının bir önemi bulunmamaktadır.

Suç kamu görevlisi tarafından işlenebilecek özgü bir suç olduğundan failin görevini kötüye kullanması, yetkisi aşması hallerinde bu suçu işlediği kabul edilmelidir<sup>7</sup>. Böylece bir polis memurunun hiçbir karar ya da emir

4 Aynı yönde ARTUK M. Emin –GÖKCEN Ahmet –YENİDÜNYA A. Caner, **Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası, Turhan, Ankara, 2006, s. 338.**

5 SOYASLAN Doğan, **a.g.e., s. 593.**

6 TEZCAN Durmuş –ERDEM M. Ruhan –ÖNOK R. Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 8. Bası, Seçkin, Ankara, 2012, s. 780.**

7 Aynı yönde ÖZBEK Veli Özer, **a.g.e., s. 816; ARTUK M. Emin –GÖKCEN Ahmet –YENİDÜNYA A. Caner, a.g.e., s. 339-340; ŞEN Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt: I, Vedat, İstanbul, 2006, s. 497.**

bulunmaksızın arama yapması ile suç tamamlanabilecekken resmi görevde değilken, örneğin kıskançlık sebebiyle ve yetkisini kötüye kullanmaksızın arkadaşının eşyalarını araması halinde bu suç oluşmayacaktır. Somut koşullara göre Türk Ceza Kanunu'nun 134. maddesinde düzenlenen "özel hayatın gizliliğini ihlal" suçu tartışılabilir<sup>8</sup>.

Son olarak 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun çerçevesinde görev yapanların haksız arama suçu açısından kamu görevlisi sayılıp sayılmayacaklarını tartışmak gerekmektedir. Öncelikle yasa hükümlerine bakıldığında özel güvenlik görevlilerinin, bazı hallerde detektörle arama (m. 7/a), hakkında yakalama veya mahkumiyet kararı olanları ise doğrudan arama (m. 7/d) yetkisine sahip oldukları, 23. madde uyarınca görevle bağlantılı suçlarda kamu görevlisi gibi cezalandırıldıkları görülmektedir. Ayrıca sağladıkları güvenlik hizmetinin, kamusal bir hizmet olması karşısında Türk Ceza Hukuku anlamında kamu görevlisi sayılmaları ve mevcut kurallara aykırı arama yapmaları halinde 120. maddedeki suçu işlediklerinin kabulü gerektiği açıktır<sup>9</sup>.

2) Mağdur: Haksız arama suçu mağdur açısından bir farklılık veya özellik içermemektedir. Kişilere karşı ve hürriyete karşı bir suç söz konusu olması nedeniyle suçun mağduru, hukuka aykırı olarak yapılan yani haksız olan aramaya muhatap olan kişidir. Herkes bu suçun mağduru olabilir<sup>10</sup>. Suçun yapısı ve yasadaki yeri dikkate alındığında kamu görevlisinin bir kişinin üstünü ve onun zilyetliğinde fakat başkasının mülkiyetinde bulunan bir eşyayı haksız olarak araması halinde hem üstü aranan kişi hem de eşyası aranan kişi mağdur olmaktadır.

3) Eylem: Aramanın yapılması suçu oluşturan eylemdir. Kronolojik sırayla gidilecek olursa hareket açısından seçimlik hareketli suç olduğu ve kişinin üstünün ya da eşyasının aranmasının gerektiği söylenebilecektir. Mülga 765 sayılı yasanın 183. maddesinde ise yalnızca üst aramasının cezalandırıldığı ancak yeni düzenlemede kapsamın genişletildiği ve bunun da korunan hukuki yarar açısından olumlu olduğunun altı çizilmelidir.

8 AKYÜREK Güçlü, Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, Seçkin, Ankara, 2011, s. 183.

9 Özel güvenlik görevlileri ve başkaca kişilerin kamu görevlisi sayılıp sayılmamasıyla ilgili ayrıntılı tablo için bkz. YAŞAR Osman –GÖKCAN Hasan Tahsin –ARTUÇ Mustafa, **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt I, Adalet, Ankara, 2010, s. 99-110.**

10 Örneğin hükümlülerin hakları ve aranması için bkz. RÉTORNAZ Emine Eylem Aksoy, **La sauvegarde des droits de l'homme dans l'exécution de la peine privative de liberté, notamment en Suisse et en Turquie, Schulthess, Genève, 2011, s. 202 vd.**

Üst araması aslında elle yoklama veya bir araç vasıtasıyla kişinin kıyafetlerinin, ceplerinin ve yanındaki eşyasının aranmasıdır<sup>11</sup>. Bunun beden muayenesine dönüşmemesi gerektiği gibi cinsel organ ve anüs bölgelerinde yapılan aramanın “iç beden muayenesi” sayıldığı hatırlatılmalıdır (CMK m. 75/4)<sup>12</sup>. Öte yandan her ne kadar öğretilerde “elle sıvazlama” olarak adlandırılan işlemin arama olmadığı iddia ediliyor olsa da<sup>13</sup> hem Türkiye’deki mevzuat hem suçla korunan hukuki yarar dikkate alındığında bunun da bir arama olduğunu saptamak gerekmektedir. Nitekim Amerikan Yüksek Mahkemesi bu konuyu tartıştığı 1967 tarihli *Terry v. Ohio* kararında ayırımı “kelime oyunundan öteye gitmediğini” ifade etmiştir<sup>14</sup>. Diğer hareket ise eşyanın aranmasıdır. Düzenleme ve suçun yapısı uyarınca eşyanın sahipsiz değil bir kişiye ait olması gerekmele birlikte bunun mutlaka bir mülkiyet hakkının bulunması aranmaz, kullanım-zilyetlik yeterlidir<sup>15</sup>. Kişinin zilyetliğindeki her türlü taşınır mal kapsama girmektedir<sup>16</sup>. Bu bağlamda madde gerekçesinde de vurgulandığı gibi el çantası, bavul, özel otomobil gibi eşyaların aranmasıyla suçun hareketi gerçekleştirilmiş olacaktır. Seçimlik hareketli bir suç olduğundan açıklanan hareketlerden yalnızca birinin yapılması veya her ikisinin de yapılması hallerinde tek suç işlenmiş olacaktır<sup>17</sup>.

Netice açısından ise neticesi harekete bitişik olup eşyanın ya da kişinin üstünün aranması halinde suç tamamlanmış olur. Ayrıca bir zararın veya somut bir tehlikenin oluşması aranmadığı için soyut tehlike suçu olduğu da söylenebilir<sup>18</sup>. Nedensellik bağı bakımından bu suçun herhangi bir özelliği veya farklılığı bulunmamaktadır.

11 ARTUK M. Emin –GÖKCEN Ahmet –YENİDÜNYA A. Caner, a.g.e., s. 341; 1 Haziran 2006 tarihli Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’nin 28. maddesinin 5. fıkrası da üst araması sırasında, aslında teknik anlamda eşya araması olan bu aramanın da yapılacağını açıkça belirtmektedir.

12 KESKİN KIZIROĞLU Serap, “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Basit Arama (Adli Arama)”, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu Anısına, C. 58 S.1, 2009, s. 146-147

13 ÜNVER Yener –HAKERİ Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Bası, Adalet, Ankara, 2011, s. 385-386.

14 U. S. Supreme Court, *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968), s. 29-30 (Kararın İngilizce metni için bkz. [http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/printer\\_friendly.pl?page=us/392/1.html](http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/printer_friendly.pl?page=us/392/1.html)) (07.02.2008)

15 ÖZBEK Veli Özer, a.g.e., s. 815-816.

16 KESKİN KIZIROĞLU Serap, a.g.e., s. 147

17 DEMİRBAŞ Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Seçkin, Ankara, 2012, s. 215.

18 ÖZBEK Veli Özer, a.g.e., s. 817.

4) Teşebbüs: Neticesi harekete bitişik olması nedeniyle bu suç kural olarak teşebbüse kapalıdır<sup>19</sup>. Her ne kadar üst araması veya eşyanın aranması eylemlerinin uzun sürdüğü düşünülse de aramaya başlandığı anda kişinin hakları ve suçla korunan hukuki yarar ihlal edilmiş olacağından arama çok kısa süre devam ettirilip sonra vazgeçilmesi halinde dahi suç tamamlanmış olacaktır. Aramanın uzun sürmesi zaten var olan ihlalin ağırlaşmasına neden olacağından ancak cezanın takdirinde dikkate alınabilecek bir durumdur. Ancak hareketin bölünebildiği istisnai hallerde teşebbüs, 765 sayılı yasanın ayırımına göre “eksik teşebbüs” hali söz konusu olabilir. Örneğin hukuka aykırı / sahte olarak düzenlenen bir arama emrini mağdura gösterip aramaya başlayacak olan veya mağdurdan üstünün aranması için ellerini kaldırıp duvarın yanına geçmesini isteyen polis memurunun bu sırada yakalanmasında olduğu gibi. Ayrıca bu örneklerindeki polis memurunun kendi iradesiyle, yakalanmadan vazgeçmesi halinde gönüllü vazgeçme kurumunun devreye gireceği ve haksız arama suçu bakımından cezai sorumluluğunun doğmayacağı da eklenmelidir (TCK m. 36).

### Hukuka Aykırılık Unsuru

Haksız arama suçunun yasal tanımına bakıldığında hukuka aykırılık unsuru bakımından iki konunun önem taşıdığı görülmektedir. Birincisi hukuka özel aykırılık hali (1), ikincisi ise hukuka uygunluk sebepleridir (2).

1) Hukuka özel aykırılık: Türk Ceza Kanunu'nun 120. maddesindeki suç, “*hukuka aykırı olarak*” ifadesini içermekte ve bu durum da öğretide “hukuka özel aykırılık hali” olarak adlandırılmaktadır. Her suçun bizatihi hukuka aykırı olmasının yanında suçun tamamlanabilmesi için failin kastının hukuka aykırılığı da içermesi yani bu suç açısından hukuka aykırı hareket ettiğini bilmesi aranmaktadır<sup>20</sup>. Buna karşın Alman Hukuku kökenli bir görüş ise tanımında açıkça yer alan hukuka aykırılığın tanımdaki maddi unsuru nitelemesi halinde kanunilik unsuruna dahil olduğu ve hukuka aykırılığın bulunmaması halinde suçun oluşamayacağı, genel olarak eylemi nitelendirmesi halinde ise yalnızca dikkat çekme amacı taşıdığı da savunulmaktadır<sup>21</sup>. Ancak yasakoyu-

19 DÖNMEZER Sulhi –ERMAN Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt I, 13. Bası, Beta, İstanbul, 1997, s. 454; DEMİRBAŞ Timur, a.g.e., s. 227; HAKERİ Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, Adalet, Ankara, 2011, s. 147.

20 DÖNMEZER Sulhi –ERMAN Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II, 12. Bası, Beta, İstanbul, 1999, s. 19-20; DEMİRBAŞ Timur, a.g.e., s. 253-254; ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Seçkin, Ankara, 2009, s. 281-282.

21 ZAFER Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, Beta, İstanbul, 2011, s. 262.



cunun, özellikle de ceza hukuku alanındaki tanımlarındaki unsurların hiçbirinin nedensiz olamayacağı düşüncesiyle ilk görüşün kabulü ve haksız arama suçunun failinde hukuka aykırılık bilincinin aranması gerekmektedir.

Yukarıdaki değerlendirmenin ışığında “hukuka aykırılık bilincinin” nasıl saptanacağı konusuna gelinecek olursa bu kavram açısından en açık somut örnek olan ve mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 179. maddesinde, mevcut 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 109. maddesinde düzenlenen “kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma” (“hürriyeti tahdit”) suçundaki tartışmalar ve açıklamalar yol göstericidir. Yargıtay önceleri kavramı “özel kast” olarak değerlendiren bir içtihat ortaya koyup<sup>22</sup> hatta bunu açıkça ifade eden bir içtihadı birleştirme kararı<sup>23</sup> çıkardıktan sonra bu görüşünden vazgeçmiş ve her iki yasa döneminde de “hukuka aykırılık bilincini” genel kast içinde kabul edip<sup>24</sup> 2010 tarihli Ceza Genel Kurul kararında, önekilere de benzer şekilde, şu biçimde açıklamıştır: “*Esasen kural olarak, failin suç saydığı bir sonucu bilmesi, istemesi ve bu suretle harekette bulunması, kastın varlığı açısından yeterlidir. Ayrıca, sonucun yasaya veya hukuka aykırı olduğunu bilme şartı aranmaz. Ancak, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu bakımından yasamız, eylemin ‘hukuka aykırı’ işlenmesini şart koştuğundan, failin bu şekilde hareket ettiğini bilmesini ve istemesini aramaktadır. Bu durumda, failin, işlediği fiilin hukuka aykırılık bilincine de sahip olması gerekmektedir. Hâkim, suçun manevi unsuruna dâhil olan ‘hukuka aykırılık bilinci’ ni elbette araştıracaktır*”. Dolayısıyla haksız arama suçunda da failin, yaptığı aramanın hukuka aykırı olduğunu bilmesi ve istemesi yani “hukuka aykırılık bilinci” aranacaktır.

2) Hukuka uygunluk sebepleri: Bu suç açısından ilk akla gelebilecek olan hukuka uygunluk sebebi, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 24. maddesinde düzenlenen “kanunun hükmü ve amirin emri” sebeplerinden hareketle hukuka uygun bir arama eylemi yapılmış olmasıdır. Bu bağlamda Anayasa’nın 20. maddesinin ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesinin ışığında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 116. maddesi ve devamı hükümleri ile (adli arama) 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu’nun 9. maddesi (önleme araması) ve 1 Haziran 2006 tarihli Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği hükümleri değerlendirilmelidir.

22 YCGK E:1982/8-61 K:1982/217 T:17.5.1982; YCGK E:1983/8-56 K:1983/144 T:28.3.1983; [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Erişim: 14.6.2012).

23 YİBK E:1954/5 K:1956/12 T:11.6.1956; [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Erişim: 14.6.2012).

24 YCGK E:1994/8-308 K:1995/9 T:6.2.1995; YCGK E:2002/8-288 K:2002/419 T:3.12.2002; YCGK E:2006/8-275 K:2007/9 T:23.1.2007; YCGK E:2010/8-110 K:2010/161 T:29.6.2010; [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Erişim: 14.6.2012).

Böylece kişinin üstünün veya eşyasının aranması için kural bir yargıç kararının bulunmasıdır. İstemde bulunması gerekenler ise adli aramalar açısından cumhuriyet savcısı, önleme aramaları açısından ise mülki amir yani vali veya yardımcısı ya da kaymakamdır (Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 7 ve 20). Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde<sup>25</sup> cumhuriyet savcısının veya ona ulaşılamaması halinde kolluk amirinin yazılı emriyle adli arama, mülki amirin emriyle de önleme araması yapılabilir. Elbette bu işlemler için yasal süresinde yargıç onayını almak zorunludur (AY m. 20, CMK m. 119/1, PVSK m. 9). Ayrıca somut olayda, yasal hükümlerin aradığı “makul şüphe”, “olayların varlığı” ve “tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi” gibi koşulların bulunmasının yanında arama kararında yer alması gereken ve ayrıntılı biçimde düzenlenen unsurların da varlığı aranır (CMK m. 119/2, PVSK m. 9/3, Yön. m. 7/7 ve m. 20/3). Böylece şüpheli veya sanık nezdinde arama için “*genel deneyim kurallarına göre genellikle ortaya çıkan şüphe*” olarak yorumlanan “makul şüphe” aranırken, üçüncü kişi nezdinde arama için yakalama veya delil bulma için “*makul şüphenin ötesinde yeterli somut bulgular*” anlamına gelen “olayların varlığı” gereklidir<sup>26</sup>.

Öte yandan 5237 sayılı Yasa’daki düzenleme 765 sayılı Yasa’dakinden hukuka uygunluk sebebi açısından farklı bir nitelik taşımaktadır. Mülga düzenlemede “*kanunda yazılı haller haricinde*” yapılan aramalar suç oluştururken artık “*hukuka aykırı olarak*” yapılan aramalar suçtur. Hukuk kavramı kuşkusuz ki kanun/yasa kavramından çok daha geniş olup yasal bir aramanın hukuka uygun olmadığı tartışmaları yaşanabilecektir. Her ne kadar madde gerekçesinde “*Metinde geçen ‘hukuka aykırı olarak’ ibaresinden maksat, yürürlükteki mevzuatın izin vermediği hal demektir*” denilerek yalnızca mevzuata gönderme yapılıyor olsa da yasaya ve yönetmeliğe uygun her arama hukuka uygun olmayabilecektir. Nitekim 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu’nda 2007 yılında 5681 sayılı yasayla değiştirilen ve önleme aramalarını düzenleyen 9. maddenin 6. fıkrası, anayasal yargıç kararı zorunluluğu sistemini tersine çeviren bir “yasal faraziye” yaratmış ve aslında istisnai olan gecikmesinde sakınca bulunan hali kural haline getirmiştir<sup>27</sup>. Fıkroda sayılan durumlarda gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığı kendiliğinden kabul

25 Anayasada yer alan bu kavramın bir idari işlem olan yönetmelikte tanımlanmış olmasının sakıncaları için bkz. AKYÜREK Güçlü, **a.g.e., s. 229 vd.**

26 KESKİN KIZIROĞLU Serap, **a.g.e., s. 148-159**

27 Konuyla ilgili tartışmalar için bkz. YÜCEKUL Gülşah Kurt –AKYÜREK Güçlü, “Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanununda 5681 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007/1, Beta, İstanbul, s. 190-191.**

edilip o sistem işletilecektir. Düzenleme yasal olsa da anayasaya ve hukuka uygunluğu tartışmalı olduğu gibi buna göre arama yapan kamu görevlisinin, hukuka aykırılık bilinci ve hata tartışmaları saklı kalmak üzere haksız arama suçunu işlediği ileri sürülebilecektir. Ayrıca suç oluşturan emri gerçekleştirmek de hem anayasa hem yasa gereği cezai sorumluluğu kaldırmadığından (AY m. 137/2, TCK m.24/3), hukuka aykırı bir arama kararı veya emri kendisine bildirilen kamu görevlisi de aramayı yaparsa suç işlemiş olur. Nitekim Danıştay, hakkında yakalama, tutuklama veya zorla getirme kararı olan kişinin üst araması için karar veya emri gerekmediğini belirten yönetmelik hükmünü; yakalama, tutuklama veya zorla getirme kararlarının Anayasa’da korunan özel hayatın gizliliği hakkını “*kendiliğinden*” kısıtladığı anlamına gelmediği gerekçesi ile iptal etmiştir<sup>28</sup>.

Suçun tanımı dikkate alındığında meşru savunma, zorunluluk hali veya hakkın kullanılması gibi hukuka uygunluk sebeplerinin (TCK m. 25/1, 2 ve m. 26/1) gerçekleşme olasılığı bulunmadığı görülmektedir. Zira fail kamu görevlisidir ve ya görevi-yetkisi kapsamında hareket etmektedir ya da bunları ihlal etmektedir. Ancak zorunluluk halinin varlığı halinde, anayasal ve yasal bir zorunluluk olan yazılı arama kararı ya da emri bulunmadan da arama yapılabileceği belirtilmektedir<sup>29</sup>.

Son olarak ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebinin de haksız arama suçu açısından geçerli olmadığı kabulü gereklidir. Zira Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’nin aranmak istenen kişinin onayının varlığı halinde hiçbir karar ya da emir olmaksızın aranmasına izin veren 8. maddesinin (f) bendindeki “*ilgilinin rızası*” hükmü, yukarıda da değinilen, Danıştay kararı ile iptal edilmiştir<sup>30</sup>. Mahkeme kararında Anayasa’nın 20 ve 21. maddeleri ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine atıf yaparak “*rıza ile arama*” konusunda bir düzenleme olmadığını vurgulamış ve “*Anayasanın sıkı şekilde korumakla yetinmeyip, sınırlama ölçütlerini de sıkı kurallara bağladığı temel haklardan olan ‘özel hayatın gizliliği’ ve ‘konut dokunulmazlığı’ hakkından tümüyle vazgeçilmesi anlamına gelen ‘rıza’ müessesesinin, bu hakların ihlalini kolaylaştıracağı ve Anayasa ile getirilen korumayı işlevsiz kılacağı açıktır*” gerekçesi ile düzenlemeyi iptal etmiştir. Bu durumda “rıza

28 D. 10. D. E:2005/6392 K:2007/948 T:13.03.2007, ancak gözaltına alınan kişiler açısından aksine karar verilmiştir bkz. KESKİN KIZIROĞLU Serap, *a.g.e.*, s. 155-157

29 KESKİN KIZIROĞLU Serap, *a.g.e.*, s. 153

30 D. 10.D. E:2005/6392 K:2007/948 T:13.3.2007 bkz. İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: LXXXI, 2007/5, s. 2415-2429. Bir önceki yönetmeliğin benzer hükmünün yürütmesi de yine aynı daire tarafından durdurulmuştu (E:2003/3396).

ile arama” hukuka uygun olmadığından bir hukuka uygunluk sebebi oluşturmayacak ve eylem suç oluşturacaktır. Her ne kadar kişilere karşı bir suç söz konusu olsa da suçun faili olabilecek kamu görevlisinin hukuk çerçevesinde yetkilerini kullanması gerektiği düşünüldüğünde, benzer başka birçok suçta olduğu gibi (örneğin TCK m. 81, 86, 103) yalnızca ilgilinin rızasının eylemi hukuki hale getirmediği açıktır.

### Manevi Unsur

Haksız arama suçunun tanımı ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 21. maddesi dikkate alındığında, söz konusu suçun ancak kasten işlenebileceği, taksirli halinin suç oluşturmadığı gayet açıktır<sup>31</sup>. Aranılan kast türü genel kast olmakla birlikte failin kastının arama eylemini bilmesi ve istemesinin yanında hukuka aykırılık bilincini de içermesi gerekmektedir. Yukarıdaki hukuka aykırılık konusunda da belirtildiği gibi bu bir “hukuka özel aykırılık hali” olup aksi yöndeki kimi Yargıtay kararlarına rağmen bir özel kast değildir. Dolayısıyla manevi unsurun tamam olabilmesi için failin, aramayı bilerek ve isteyerek yapmasının yanında aramanın hukuka aykırı olduğunu da bilmesi zorunludur.

### Suçların Birleşmesi ve İştirak

1) Suçların birleşmesi: Haksız arama açısından öncelikle söylenmesi gereken seçimlik hareketli bir suç olduğundan aynı kişiye karşı hem hukuka aykırı üst aramasının hem de yine hukuka aykırı eşya aramasının yapılması halinde tek suç olduğundan zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır. Ayrıca bu suç görevi kötüye kullanmanın özel bir hali olduğundan fail kamu görevlisi için ayrıca TCK m. 257 uyarınca cezalandırma yoluna gidilemeyecektir.

Öte yandan haksız arama suçunun oluşması için kamu görevlisinin hukuka aykırı olarak bir arama yapması yeterli olup, öğretide de oybirliğiyle kabul edildiği üzere kamu görevlisinin konuta girerek haksız aramayı gerçekleştirmesi halinde “konut dokunulmazlığını ihlal” suçu ile (TCK m. 116), kötü muamelede bulunması halindeyse “zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması” (TCK m. 256) suçu ile gerçek içtima söz konusu olacaktır<sup>32</sup>.

31 ÖZBEK Veli Özer, a.g.e., s. 817; ARTUK M. Emin –GÖKCEN Ahmet –YENİDÜNYA A. Caner, a.g.e., s. 342, 765 sayılı yasa dönemindeki düzenleme açısından bkz. SOYASLAN Doğan, a.g.e., s. 594.

32 ÖZBEK Veli Özer, a.g.e., s. 818; ARTUK M. Emin –GÖKCEN Ahmet –YENİDÜNYA A. Caner, a.g.e., s. 343; POLAT Levent, Haksız Arama Suçu, Marmara Üniversitesi SBE Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2007, s. 80-81.

2) İştirak: Türk Ceza Kanunu'nun 37. maddesine göre hukuka aykırı üst araması ve eşya aramasını gerçekleştiren kamu görevlileri suçun failleri olup tam ceza ile cezalandırılacaklardır. Ayrıca yalnızca kamu görevlisi tarafından işlenebilecek bir özgü suç söz konusu olduğundan diğer kişiler, azmettiren veya yardım eden olabilirler (TCK m. 40/2). Azmettiren kişi kamu görevlisi de olabilir. Burada 765 sayılı yasada yer alan düzenleme ile şu anki düzenleme arasındaki bir farka dikkate çekmek gerekmektedir. 765 sayılı Yasa'nın 183. maddesine göre haksız arama suçu yine seçimlik hareketli bir suç olmasına karşın suç ya haksız arama emrini vermekle ya da bizzat bu arayı yapmakla birlikte işlenebiliyordu. Oysa şu anki tanımda emir vermek yer almamaktadır. O halde bir polis memuruna hukuka aykırı bir arama yapması için emir veren amiri eski düzenlemeye göre suçu irtikâp eden fail olurken yeni düzenlemede azmettiren olacaktır. Aynı biçimde hukuka aykırı bir arama kararı veren yargıç ya da duruma göre cumhuriyet savcısı da, elbette hukuka aykırılık bilincinin ve iştirak iradesinin bulunması kaydıyla, yine azmettiren olarak cezalandırılabilecektir. Buna karşın verilen emrin ya da alınan kararın hukuka uygun olması ve fakat arama işleminin, hukuki sınırların kasten dışına çıkılarak yapılması halinde ise azmettirme ve iştirak gündeme gelmeyecektir.

### Usul ve Yaptırım

Haksız arama suçu, diğer suçların büyük çoğunluğu gibi resen soruşturulur. Dolayısıyla 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 160. maddesinin 1. fıkrası uyarınca böyle bir suçun işlendiğine dair "izlenim edinen" cumhuriyet savcısı hemen gerçeği araştırmaya başlar ve yeterli şüphenin varlığı halinde iddianame düzenleyip yetkili ve görevli mahkemenin önünde kamu davasını açar (CMK m. 170/2). Ancak eğer suç işlenmesinden sonraki döneme ilişkin olarak bir adli arama söz konusu ise yine aynı yasanın 161. maddesinin 5. fıkrasına göre doğrudan soruşturma yapılırken, suç idari görev sırasında işlenirse 4483 sayılı yasa hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Ayrıca ilgili yasalarda özel soruşturma usulleri de öngörülmüş olabilir (örneğin 2802 sayılı yasa m. 82).

Haksız arama suçunun cezası üç aydan bir yıla kadar hapis cezasıdır. Bunun sonucu olarak suç, sulh ceza mahkemesinin görev alanına girmekte (5235 sayılı yasa m. 10), her halükarda cezanın seçenek yaptırımlara çevrilmesi (TCK m. 50), ertelenmesi (TCK m. 51) veya hükmün açıklanmasının geriye bırakılması hukuken olanaklı olmaktadır (CMK m. 231). Hapis cezasına mahkûmiyetin sonucu olarak da TCK m. 53/1'de yer alan güvenlik tedbirleri uygulanacaktır.



# L'analyse des apports du Protocole n° 14 du 1<sup>er</sup> juin 2010 à l'article 46 de la Convention Européenne des droits de l'homme et la nouvelle position du Comité des Ministres

---

**Dr. Aslıhan ÖZTEZEL\***

Parmi les compétences du Comité de Ministres réglementées par le Statut du Conseil de l'Europe et l'article 46 de la Convention Européenne des droits de l'homme (Convention EDH), une lacune relative à la non-exécution concernant l'obligation de se conformer aux arrêts de la Cour Européenne des droits de l'homme (Cour EDH), posait des difficultés. À l'analyse des apports du Protocole 14 en ce qui concerne l'exécution des arrêts et les compétences du Comité des Ministres, il est opportun de déterminer que la clarification apportée par l'amendement du 1er juin 2010 est satisfaisante.

**Une volonté forte de rattacher les problèmes causés par l'inexécution des arrêts** à la Convention et de les résoudre en utilisant les mécanismes mis en place par cette dernière. La Convention EDH crée, avec le Protocole n° 14, un nouveau mécanisme qui intègre la Cour EDH dans le système de surveillance de l'exécution des arrêts. En intégrant la Cour EDH au système, le Comité des Ministres accroît assurément la force d'exécution de ses résolutions intérimaires. Le nouveau système institué dans les trois derniers paragraphes de l'article 46 de la Convention prévoit deux recours différents. Selon les termes des règles 10 et 11 des Règles du Comité des Ministres pour la surveillance de l'exécution des arrêts et des termes des règlements amiables du 10 mai 2006<sup>1</sup>, il s'agit du recours en manquement (1) et du recours en interprétation (2).

---

\* Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

<sup>1</sup> Règles 10 et 11 des Règles du Comité des Ministres pour la surveillance de l'exécution des arrêts et des termes des règlements amiables (*adoptées par le Comité des Ministres le 10 mai 2006, lors de la 96<sup>e</sup> réunion des Délégués des Ministres*), Annexe 4, Point 4.4, 96<sup>e</sup> Réunion, 10 Mai 2006.

### *1. Le recours en manquement*

L'article 46 §4 de la Convention EDH stipule :

« Lorsque le Comité des Ministres estime qu'une Haute partie contractante refuse de se conformer à un arrêt définitif dans un litige auquel elle est partie, il peut, après avoir mis en demeure cette partie et par décision prise par un vote à la majorité des deux tiers des représentants ayant le droit de siéger au Comité, saisir la Cour de la question du respect par cette partie de son obligation au regard du paragraphe 1 ».

Lorsqu'il constate qu'un État membre refuse de se conformer à un arrêt, le Comité des Ministres peut seul, demander à la Cour EDH de rendre une décision sur ce point. La décision de la Cour EDH, est fondée sur le 46§1 de la Convention EDH. La Cour EDH confirmera – ou non – que la Haute partie contractante ne se conforme pas à l'arrêt. Le renvoi du §4 au §1 est important pour la constatation de la non -exécution de l'arrêt. À priori, la jurisprudence de la Cour EDH est exhaustive et constante pour tous les États membres. Elle varie selon les affaires qui viennent devant la Cour EDH, en d'autres termes, selon les faits et les griefs des requérants. L'objet de la demande dont le Comité des Ministres saisit la Cour EDH reste indistinct. Selon l'article 46 §4 de la Convention EDH, le Comité des Ministres peut saisir la Cour EDH sur le respect par un État membre de son obligation d'exécuter les arrêts de la Cour. Reste à déterminer s'il s'agit d'une demande relative à la situation générale de l'État membre ou à l'exécution de l'arrêt ou encore d'un nouvel examen qui ajouterait de nouvelles obligations à celles déjà contenues dans l'arrêt principal, ou s'agit-il d'un arrêt de la Cour EDH qui permet simplement de mettre en évidence le non respect par de l'article 46§1 de la Convention?

La première hypothèse concernant la question posée par le Comité des Ministres est à exclure puisque le Comité des Ministres est l'organe chargé de surveiller l'exécution des arrêts de la Cour EDH. Il ne serait pas surprenant que la Cour EDH ignore de ne pas connaître la phase de l'exécution de l'arrêt ainsi que de la situation générale de l'Etat concerné. La deuxième hypothèse, dans le cadre de laquelle la demande viserait à obtenir une modification de l'arrêt en y ajoutant de nouvelles obligations est elle aussi à exclure, le Comité des Ministres en tant que tiers à l'arrêt ne jouissant pas un tel droit. Des trois hypothèses avancées, seule la dernière, celle de mettre en évidence le non respect, peut être à l'origine de l'ajout de ce recours à la Convention. Avec l'institution du recours en manquement, le non-exécution de l'arrêt par l'État concerné est constaté par une décision de la Cour EDH.



En tout état de cause, il serait souhaitable que l'article 46§4 soit plus précis sur le but de ce recours afin que la Cour EDH ne se contente pas de répéter son arrêt précédent. Saisie d'un recours en manquement, la Cour EDH est appelée à se prononcer sur le point de savoir si le non-respect de l'arrêt peut aboutir à la violation de l'article 46§1 de la Convention.

En réalité, les protagonistes de ce type de recours sont le Comité des Ministres et la Haute Partie contractante. Il y a tout d'abord une différence tenant aux parties et au sujet de l'affaire. Ce n'est plus l'arrêt de la Cour EDH qui est en question mais le comportement de la Partie contractante suite à cet arrêt. La première procédure devant la Cour EDH porte sur l'événement matériel à l'origine de la violation alors que la deuxième traite de l'exécution d'un arrêt. La première demande est faite par la victime, la deuxième par le Comité des Ministres. Le recours en manquement a un lien organique avec la première demande mais c'est en même temps un nouveau recours. Le Comité des Ministres ne demande pas à la Cour EDH de réexaminer l'affaire; il demande juste des précisions sur la non-exécution de ses obligations par la Haute partie contractante, au mépris de l'article 46 §1 de la Convention qui contient l'engagement général des États parties d'exécuter les arrêts.

L'on peut aussi déplorer que l'article ne contienne pas d'indication sur le moment à partir duquel le Comité des Ministres peut être amené à considérer que la Haute partie contractante refuse de se conformer à l'arrêt. Nous avons déjà évoqué précédemment les différentes compétences du Comité des Ministres et les différents stades auxquels il intervient. Reste à savoir quand le Comité des Ministres mettra en œuvre les dispositions de l'article 46§4. Le seul indice nous éclairant sur ce figure dans les « Règles du Comité des Ministres pour la surveillance de l'exécution des arrêts et des termes des règlements amiables du 10 mai 2006, plus précisément la règle 11 § 2 ainsi libellée;

« 2. Le recours en manquement ne devrait être utilisé que dans des situations exceptionnelles. Il n'est pas engagé sans que la Haute Partie contractante concernée ne reçoive une mise en demeure du Comité l'informant de son intention d'engager une telle procédure. Cette mise en demeure est décidée au plus tard six mois avant d'engager la procédure, sauf si le Comité en décide autrement, et prend la forme d'une résolution intérimaire. Cette résolution est prise par un vote à la majorité des deux tiers des représentants ayant le droit de siéger au Comité. »

Il serait tout de même opportun d'appliquer l'article 46 §4 de la Convention EDH après les résolutions intérimaires portant réprobation du comportement de l'État membre. Dans pareil cas, il risque encore d'y avoir un pro-

blème de hiérarchie. La Cour EDH qui a statué dans l'arrêt a certainement motivé sa décision et l'a détaillée en prescrivant des mesures individuelles et générales. Partant, dans le cadre d'un nouveau recours, à la demande du Comité des Ministres, elle réexaminera sa décision, non sur les faits mais sur sa décision et la mettra en relation avec l'engagement que l'État membre a contracté au titre de l'article 46 §1 de la Convention. Soit il s'agirait d'une autre violation – la violation de l'article 46 §1 – soit la Cour EDH rendrait une décision établissant l'absence de violation. Dans la pratique, soit la Cour EDH ne s'opposera jamais aux demandes formulées par le Comité des Ministres dans ses résolutions intérimaires, soit elle les contredira et les résolutions intérimaires perdront leur force. Dans la première hypothèse, le recours a pour effet de conformer les résolutions du Comité des Ministres alors que, dans la deuxième hypothèse, les pouvoirs du Comité des Ministres sont menacés. Pourtant, il est évident que le but de ce recours est d'accentuer la pression sur la Haute partie contractante et de renforcer le Comité des Ministres.

Selon l'article 94 du Statut du Conseil de l'Europe,

« Lorsqu'elle est saisie d'une question portant sur le point de savoir si une Partie contractante a ou non manqué à son obligation découlant de l'article 46 §1 de la Convention, la Cour applique, outre les dispositions de l'article 31 b) et de l'article 46 §§4 et 5 de la Convention, les dispositions qui suivent. Elle applique également d'autres dispositions du règlement dans la mesure où elle les juge appropriées. »

La Cour EDH appliquera les dispositions de l'article 31 de la Convention EDH, qui définit les attributions de la Grande Chambre. L'article ne limite pas les prérogatives de la Cour EDH à ces dispositions; il affirme qu'elle peut appliquer d'autres dispositions du Règlement dans la mesure où elle les juge appropriées.

Nous devons garder à l'esprit que, lorsque la Cour EDH est saisie par le Comité des Ministres afin de contrôler le respect de l'arrêt, l'affaire est jugée par la Grande Chambre, ce qui traduit l'importance de l'affaire. La saisine de la Grande Chambre - par dessaisissement de la chambre ou non - est souvent utilisée dans la pratique lorsque la Cour EDH veut élargir son pouvoir d'interprétation ou lorsqu'elle veut modifier sa jurisprudence. En revanche, lorsqu'il s'agit d'un recours en manquement, elle est toujours saisie en première instance<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Nous avons constaté précédemment que la procédure de recours en manquement n'était pas la suite de l'arrêt de la Cour EDH mais un nouveau procès avec des parties et des faits différents.

Selon l'article 95 du Règlement de la Cour EDH, toute demande doit être motivée et adressée au greffier. Aux termes de cet article, la demande doit comprendre;

« a) l'arrêt qu'elle vise ;

b) des informations se rapportant à la procédure d'exécution devant le Comité des Ministres de l'arrêt qu'elle vise, y compris, le cas échéant, des observations écrites formulées par les parties concernées dans le cadre de cette procédure et des communications auxquelles celle-ci a donné lieu ;

c) de la copie de la mise en demeure notifiée aux parties contractantes et de la copie de la décision visée à l'article 46§4 de la Convention ;

d) des noms et adresse de la ou des personnes désignées par le Comité des Ministres pour fournir à la Cour toutes explications qu'elle pourrait souhaiter obtenir ;

e) de la copie de tous autres documents de nature à éclairer la question ».

Il faut examiner attentivement l'alinéa c) de l'article susmentionné. La décision que le Comité des Ministres prend à la majorité des deux tiers des représentants, doit être notifiée à la Haute partie contractante. Selon la Règle 11 §2 des « Règles du Comité des Ministres pour la surveillance de l'exécution des arrêts et des termes des règlements amiables », le recours en manquement « n'est pas engagé sans que la Haute Partie contractante concernée ne reçoive une mise en demeure du Comité l'informant de son intention d'engager une telle procédure. Cette mise en demeure est décidée au plus tard six mois avant d'engager la procédure, sauf si le Comité en décide autrement, et prend la forme d'une résolution intérimaire. Cette résolution est prise par un vote à la majorité des deux tiers des représentants ayant le droit de siéger au Comité<sup>3</sup> ». Les auteurs des Règles ont là encore voulu utiliser cette procédure comme un avertissement pour obtenir l'exécution de l'arrêt.

Le dernier élément qui mérite d'être abordé au sujet du recours en manquement est la formation de la Grande Chambre. L'article 24§2 g) du Statut de la Cour EDH prévoit une composition particulière. Si l'arrêt inexécuté a été rendu par une chambre, la Grande Chambre comprend le président et le vice-président de la Cour et les présidents des sections, le juge élu au titre d'une Partie contractante et les membres du Comité ou de la chambre ayant rendu l'arrêt en cause. Si l'arrêt a été rendu par la Grande Chambre, elle est

<sup>3</sup> *opcit.* La règle n° 11

composée des mêmes juges. L'article mentionné ajoute que « lorsqu'il n'est pas possible de réunir la Grande Chambre initiale, les juges et juges suppléants appelés à compléter la Grande Chambre sont désignés conformément au paragraphe 2e), du présent article ». Il n'y a pas de contradiction liée au fait que ce sont les mêmes juges qui statuent puisque cette procédure est une procédure nouvelle ayant un lien organique avec la décision précédente.

Aux termes de l'article 99,

« La Grande Chambre statue par la voie d'un arrêt ».

Il se peut que la Cour EDH constate une deuxième violation dans une même affaire. Toutefois, il est difficile de suivre l'évolution des affaires. Il faudrait que la Cour EDH trouve un moyen pour éviter que cette nouvelle voie de recours ne ralentisse l'exécution de ses arrêts et qu'elle ne soit un recours inefficace.

Selon l'article 46§5 de la Convention EDH,

« Si la Cour constate une violation du paragraphe 1, elle renvoie l'affaire au Comité des Ministres afin qu'il examine les mesures à prendre. Si la Cour constate qu'il n'y a pas eu violation du paragraphe 1, elle renvoie l'affaire au Comité des Ministres, qui décide de clore son examen. »

Quelle que soit la décision de la Cour EDH, elle renvoie l'affaire devant le Comité de Ministres pour que ce dernier soit, examine les mesures à prendre lorsqu'il s'agit une décision de violation, soit décide de clore l'examen au cas où c'est une décision de non violation. La phrase disposant des mesures que peut prendre le Comité des Ministres à l'issue d'un constat de violation par la Cour EDH n'est pas dénuée d'ambiguïté. Il faudrait que la Convention EDH soit plus précise et plus ferme sur cette question. Elle devrait prévoir expressément quelle mesure attend la Haute partie contractante, tout d'abord pour lui permettre de prévoir le danger qu'elle encourt, et ensuite pour montrer la sévérité dont peut faire preuve le Comité dans l'exécution des arrêts. Nous pensons que le Comité aura, dès le départ, recours à des mesures sévères qui ne seront guère plus indulgentes que l'invitation à se retirer du Conseil de l'Europe suite à un arrêt établissant la violation de l'article 46 §1 de la Convention EDH et qui permettront au système européen de maximiser l'utilisation de cette nouvelle voie de recours que nous jugeons efficace.

**Le constat par la Cour d'un (nouvel) manquement de l'Etat après le prononcé de l'arrêt par lequel elle avait conclu à la violation des dispositions matérielles de la CEDH pourrait avoir des conséquences graves dans le cadre du suivi de l'exécution de ses arrêts.** Il s'agit certes d'une voie infâmante pour l'État membre puisqu'il risque d'être condamné, qui plus est solennellement, une deuxième fois pour une même affaire. Mais, d'un autre point de vue, s'il devenait une pratique courante, il pourrait supprimer la préoccupation des États membres du Conseil de l'Europe quant à leur égal traitement par le Comité des Ministres. Il est vrai qu'il s'agit des contrariétés entre les États membres sur la sévérité des mesures que prend le Comité des Ministres suite à un arrêt de la Cour EDH. Le Comité est souvent accusé d'être plus politique que juridique dans ses relations avec les États membres sur l'exécution des arrêts. Le recours en manquement peut, s'il est utilisé régulièrement, conforter le Comité des Ministres.

L'appui que, suite à l'entrée en vigueur du Protocole n° 14, la Cour EDH peut représenter pour le Comité des Ministres, ne s'épuise pas avec le recours en manquement. Nous songeons au recours en interprétation qui aide le Comité des Ministres à interpréter l'arrêt de la Cour EDH pour lui permettre de prendre les mesures nécessaires.

## *2. Le recours en interprétation*

Le recours en interprétation apparaît à l'article 46 §3 de la Convention EDH ainsi libellé :

« [...]

Lorsque le Comité des Ministres estime que la surveillance de l'exécution d'un arrêt définitif est entravée par une difficulté d'interprétation de cet arrêt, il peut saisir la Cour afin qu'elle se prononce sur cette question d'interprétation.

[...] ».

La voie de recours instaurée a pour but de clarifier la décision de la Cour EDH. Dans les cas où l'exécution d'un arrêt ne répond pas aux attentes du Comité des Ministres ou dans les cas où la Haute Partie contractante ne perçoit pas les exigences de l'arrêt, le Comité peut demander à la Cour EDH, son interprétation. La juridiction est là pour clarifier son propre arrêt. La règle n° 10 §1 des Règles du Comité des Ministres pour la surveillance de l'exécution des arrêts et des termes des règlements amiables donne au comité cette prérogative. Aux termes de la Règle n° 10 §1;

1. Lorsque, conformément à l'article 46, paragraphe 3, de la Convention, le Comité des Ministres estime que la surveillance de l'exécution d'un arrêt définitif est entravée par une difficulté d'interprétation de cet arrêt, il peut saisir la Cour afin qu'elle se prononce sur cette question d'interprétation. La décision de saisir la Cour est prise par un vote à la majorité des deux tiers des représentants ayant le droit de siéger au Comité.

**Le recours en interprétation oblige la Cour EDH à être plus claire dans ses arrêts et à davantage tenir compte de la situation juridique ou politique prévalant de l'État membre au moment où elle le condamne.** A priori, la Cour EDH dans ses arrêts, suit sa jurisprudence constante et elle l'adopte aux faits de l'affaire. Elle ne doit pas imposer de mesures que l'État membre ne pourrait mettre en œuvre. Force est de constater que, si la Cour devait adopter cette démarche, le recours en interprétation ne serait guère utilisé.

**La Cour EDH ne doit pas réexaminer l'affaire mais expliquer en détail dans quelle mesure le requérant pourrait bénéficier de la *restitutio in integrum*.** La Cour EDH est saisie sur la base d'une demande de précision de l'arrêt de la Cour EDH. Il lui est demandé d'explicitier l'arrêt qu'elle a rendu. L'arrêt doit poser un problème d'interprétation. La *restitutio in integrum* étant un des principaux buts poursuivis par les arrêts de la Cour EDH, le recours en question doit également servir à cette fin.

Une nouvelle interrogation vient à l'esprit. Le Comité des Ministres pourrait-il saisir la Cour EDH afin d'en finir avec ses responsabilités concernant l'arrêt en question dans le cas où la Haute Partie contractante ferait une proposition qui s'écarterait de ce qu'a constaté par la Cour EDH? Est-ce qu'il serait possible de saisir la Cour EDH pour un recours en interprétation sur la demande d'un État membre qui, par exemple, ne souhaiterait pas modifier sa législation et qui proposerait plutôt de payer une indemnité<sup>4</sup>?

Cette demande, qui s'apparente davantage à un règlement amiable, constatation faite d'une violation, pourrait être formulée dans le cas où la partie contractante ne peut se conformer à l'arrêt autrement que dans les termes de sa proposition. Dans une telle situation, la négociation sera en parti menée par la Cour EDH. Nous pensons que, si ce cas devait se présenter, le Comité devrait pouvoir saisir la Cour EDH afin de savoir si les offres de la Partie

<sup>4</sup> Il s'agit, dans cet exemple, d'une proposition imaginaire qui se situe à mi-chemin entre une mesure générale et une mesure individuelle. Mais cette question peut également être posée à propos de deux mesures individuelles ou deux mesures générales.

contractante garantissent la *restitutio in integrum*. La similarité procédurale entre la demande en interprétation et le règlement amiable est également liée au délai de la saisine. Selon la Règle n°10 §2 des « Règles du Comité des Ministres pour la surveillance de l'exécution des arrêts et des termes des règlements amiables<sup>5</sup> », le Comité des Ministres peut décider de saisir la Cour EDH à tout moment pendant la surveillance de l'exécution des arrêts.

« 2. La décision de saisir la Cour peut être prise à tout moment pendant la surveillance par le Comité des Ministres de l'exécution des arrêts. »

Ce recours doit permettre au Comité des Ministres de recueillir l'avis de la Cour EDH. C'est la raison pour laquelle, elle peut être saisie à tout moment de la procédure de suivi de l'exécution.

Selon l'article 46 §3 de la Convention EDH, la saisine donne lieu à une décision du Comité des Ministres à la majorité des deux tiers des représentants ayant le droit d'y siéger. Aux termes de la Règle n° 10 §3, des Règles du Comité des Ministres pour la surveillance de l'exécution des arrêts et des termes des règlements amiables<sup>6</sup>,

« 3. La décision de saisir la Cour prend la forme d'une résolution intérimaire. Elle est motivée et reflète les diverses opinions exprimées au sein du Comité des Ministres, en particulier celle de la Haute Partie contractante concernée. »

Le Chapitre X du Règlement de la Cour EDH encadre la procédure de l'article 46 §3 de la Convention EDH, dans son article 91. Selon cette disposition,

« Toute demande d'interprétation soumise au titre de l'article 46 §3 de la Convention est adressée au greffier. Elle énonce de manière exhaustive et précise la nature et l'origine de la question d'interprétation qui a mis obstacle à l'exécution de l'arrêt qu'elle vise et s'accompagne :

a) des informations relatives à la procédure d'exécution devant le Comité des Ministres s'il en a lancé une, de l'arrêt qu'elle vise ;

b) d'une copie de la décision visée à l'article 46§3 de la Convention ;

---

<sup>5</sup> *opcit.* La règle n° 10 §2.

<sup>6</sup> *opcit.* La règle n° 10 §3.

c) des noms et adresse de la ou des personnes désignées par le Comité des Ministres pour fournir à la Cour toutes les explications qu'elle pourrait souhaiter obtenir. »

L'objet du recours en interprétation est manifeste à la lecture de cet article. Il faut qu'il y ait une question d'interprétation faisant obstacle à l'interprétation de l'arrêt de la Cour EDH. De ce point de vue, ce recours pourrait faire gagner du temps à l'État qui comprend parfaitement ses obligations découlant de l'arrêt de la Cour EDH mais qui a besoin de temps pour s'en acquitter. Reste à savoir si l'État membre pourrait demander au Comité des Ministres de saisir la Cour pour qu'elle rende un recours en interprétation. Si la réponse est positive, il va falloir que le Comité des Ministres soit vigilant pour parer au risque que l'Etat n'utilise ce pour gagner du temps jusqu'à réalisation de la *restitutio in integrum*. Si la réponse est négative, ce recours obligera, très vite la Cour EDH à être plus claire dans ses arrêts.

L'article 92 du Règlement détermine la formation compétente pour examiner l'affaire. Il dispose que :

« 1. La demande d'interprétation est examinée par la Grande Chambre, la chambre ou le comité qui a rendu l'arrêt qu'elle vise.

2. Lorsqu'il n'est pas possible de réunir la Grande Chambre, la chambre ou le comité originaire, le président de la Cour complète ou compose la formation par tirage au sort. »

Il faut préciser la formation des comités qui est une des nouveautés du Protocole n° 14. D'après l'article 28 §1 de la Convention EDH qui définit comme suit les compétences des comités,

« Un comité saisi d'une requête individuelle introduite en vertu de l'article 34 peut, par vote unanime,

a) la déclarer irrecevable ou la rayer du rôle lorsqu'une telle décision peut-être prise sans examen complémentaire; ou

b) la déclarer recevable et rendre conjointement un arrêt sur le fond lorsque la question relative à l'interprétation ou à l'application de la Convention ou de ses Protocoles qui est à l'origine de l'affaire fait l'objet d'une jurisprudence bien établie de la Cour. »

Les comités sont essentiellement chargés de statuer sur la jurisprudence bien établie de la Cour EDH. D'après l'article 28 §2 de la Convention EDH,



« Les décisions et arrêts prévus au §1 sont définitifs ».

**Il est à constater que le recours en interprétation est une voie extraordinaire quand l'arrêt visé est un arrêt d'un comité mais que tel n'est pas le cas lorsque l'arrêt visé est un arrêt ou une décision de la chambre parce que les arrêts des chambres ne sont pas définitifs.** Ils ne deviennent définitifs que « lorsque les parties déclarent qu'elles ne demanderont pas le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre », « trois mois après la date de l'arrêt, si le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre n'a pas été demandé » ou « lorsque le collège de la Grande Chambre rejette la demande de renvoi formulée en application de l'article 43 de la Convention<sup>7</sup> ». Partant, nous en déduisons que, lorsque l'arrêt rendu par la Grande Chambre après qu'une chambre a statué sur l'affaire est devenu définitif et que celle-ci revient devant elle dans un délai de trois mois à compter de la date de l'arrêt<sup>8</sup>, le recours en interprétation est aussi une voie extraordinaire qui conduit à la procédure de renvoi devant la Grande Chambre. Pour conclure, l'article 93 du Règlement dispose que :

« La décision par laquelle la Cour se prononce sur la question d'interprétation dont elle a été saisi par le Comité des Ministres est définitive. Elle ne peut faire l'objet d'aucune opinion séparée des juges (...) »

La décision de la Cour suite à un recours en interprétation est définitive et il n'y a pas de possibilité d'y joindre d'opinion dissidente.

Nous voyons qu'avec les deux recours susmentionnés, le Comité des Ministres semble vouloir partager ses responsabilités et, surtout, enrichir ses compétences en intégrant la Cour EDH dans le système. Au regard des clarifications apportées sur l'arrêt et les décisions qui deviennent définitifs, le système, comme dans toute procédure longue, risque de perdre de sa crédibilité. De nos jours, la sécurité juridique recouvre des exigences plus larges que ses éléments constitutifs traditionnels. Tout en respectant les efforts du Comité des Ministres pour légitimer le respect de la Convention EDH et l'exécution des arrêts de la Cour EDH, il n'est pas à nier que la multiplicité des recours engendre, pour le système européen, un risque de ralentissement ou d'engorgement. Il sera certainement difficile pour les États membres de suivre le déroulement de la procédure, mais l'on peut penser que ces nouvelles procédures les soumettront à une forte pression pour qu'ils se conforment aux arrêts de la Cour EDH.

---

<sup>7</sup> L'article 44 de la Convention EDH.

<sup>8</sup> L'article 43 de la Convention EDH.

Les difficultés relatives à la compétence du Comité des Ministres sont importantes pour la procédure de réexamen consécutif au prononcé d'un arrêt de la Cour EDH. Il existe des cas, comme nous l'avons vu dans notre étude, où les États ne font pas le nécessaire ce qu'il faudrait pour se conformer aux arrêts de la Cour EDH. L'on relève plusieurs cas où les États sont restés inactifs pendant des années et où le sujet est resté inscrit à l'ordre du jour des réunions droits de l'homme du Comité des Ministres. Il suffit de prendre le cas de la Turquie sur la révision suite à des arrêts de la Cour EDH dans lesquels elle avait conclu à la violation de l'article 6 de la Convention EDH. Ces arrêts sont en suspens devant le Comité des Ministres depuis 2003. En effet; ces affaires non clôturées par le Comité des Ministres engorgent le système plus que le nombre croissant de requêtes dont est saisie la Cour EDH. Il faut dire qu'il existait une distorsion entre les résolutions intérimaires, les interventions du Comité des Ministres et les sanctions découlant du Statut avant l'entrée en vigueur du Protocole n° 14. Cela étant, les résolutions ne sont pas très efficaces pour assurer l'exécution des arrêts et les sanctions découlant du Statut sont très sévères. Les nouveaux deux recours qui sont venus enrichir le système de la Convention EDH pourraient constituer une phase intérimaire entre ces deux extrémités.

La Cour EDH essaie de réduire la quantité des affaires sans que la qualité de ses arrêts ou de ses décisions ne s'en ressente. Les deux nouvelles voies de recours appellent un examen détaillé de sa part. Il serait opportun que la Cour EDH ne se prononce que sur la question qui lui est posée et ne prenne pas prétexte de ces recours pour s'exprimer sur toutes les affaires similaires.

# La démocratie locale en France: Les rapports entre les élus et les administrés

---

Hayrettin YILDIZ\*

*« Les pays modernes n'ont pas seulement  
besoin d'une bonne administration,  
ils ont aussi besoin de liberté publique »\*\**

Il n'existe pas en principe, entre organe délibérant et organe exécutif, d'actions identiques à celles qui existent entre le Parlement et le gouvernement dans un régime parlementaire. Par ailleurs, les outils de la démocratie locale, même s'ils peuvent être assimilés, ne sont pas identiques sur le fond à ceux de la démocratie nationale. La démocratie nationale a avant tout la mission d'être le moyen de l'expression de souverain, ce qui n'est pas le souci principal de la démocratie locale. De ce fait, « les élus locaux avant de participer à l'expression du Souverain, ont en charge la gestion administrative des affaires administratives de leur circonscription administrative »<sup>1</sup>. Pourtant, ces dernières années, le législateur a contribué à la comparaison entre le fonctionnement des assemblées locales et le droit parlementaire. Mais si les avancées faites en faveur d'un fonctionnement plus démocratique des assemblées délibérantes locales sont réelles, la lenteur et les hésitations qui accompagnent ces avancées sont loin d'être mineures<sup>2</sup>.

Les progrès, même limités, se lisent d'abord dans des relations entre les élus et leurs organes (I), ensuite dans les procédures de participations des citoyens à la vie locale (II)

---

\* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

\*\* HAURIOU Maurice, Précis de droit administratif et de droit public, op.cit, p. 86

1 CHABROT Christophe, Réflexions sur les récentes réformes de la démocratie locale en France, Presses universitaires de Montpellier-Moniteur.com-février 2008, p. 201

2 GUERARD Stéphane, La démocratie locale en questions, op.cit, p. 1309

## **I. Les rapports entre les élus et les organes**

Ces rapports se composent d'abord des relations qui dérivent de l'utilisation des droits des élus (A), ensuite du contrôle de l'organe délibérant sur l'exécutif (B).

### **A. Les droits des élus locaux: une démocratie immature**

La loi du 6 février 1992 avait reconnu aux élus locaux le droit d'être **informé** dans le cadre de leurs fonctions des affaires de leur collectivité faisant l'objet d'une délibération et le droit de poser en séance des questions orales ayant trait aux affaires de la collectivité. D'une façon générale, il est en effet considéré que les conseillers tiennent de leur qualité de membres de l'assemblée, le droit d'être informé de tout ce qui touche aux affaires comprises dans leur circonscription et ainsi de poser des questions orales lors des séances. L'information préalable aux délibérations se fait, comme déjà cité, par une note explicative de synthèse qui est accompagnée d'une convocation aux membres. Les délais de convocation assez longs (5 jours pour les communes, 12 pour les départements et régions) permettent aux conseillers de connaître le contenu précis de l'ordre du jour. Quant au droit de poser des questions, limité aux affaires de la collectivité, il n'est ainsi pas comparable au droit parlementaire qui permet « même » de poser des questions intéressant la vie privée de l'intéressé.

L'article L. 2121-28 du CGCT institue les « groupes d'élus », qui peuvent être créés dans les communes de plus de 100 000 habitants, les départements et les régions, sur la base d'une déclaration signée des membres et remise à l'exécutif local. En application de la loi du 27 février 2002, cette formation des élus leur permet de bénéficier d'une intendance spécifique (locaux, secrétariat) financée par la collectivité dans la limite de 30 % des crédits d'indemnisation. Ces moyens donnent aux groupes d'élus la possibilité de se réunir à part, déterminer leur politique locale et renforcer leur concertation.

En outre, l'une des innovations la plus importante de la loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité est l'institution des « missions d'information et d'évaluation » chargées de recueillir des éléments d'information sur une question d'intérêt communal, dans les communes de 50 000 habitants et plus, dans les départements et dans les régions<sup>3</sup>, ce qui présente un exemple des commissions d'enquête parlementaires. Ces missions qui pou-

---

<sup>3</sup> Art. L. 2121-22-1, art. L. 3121-22-1, art. L. 4132-21-1 issus de l'article 8 de la loi

vaient être des outils efficaces pour rendre l'action de l'administration locale plus transparente à travers des moyens d'investigation, sont très encadrées par les conditions de création. Ainsi la demande de création d'une mission d'information et d'évaluation doit être présentée par un sixième des membres dans les conseils municipaux, un cinquième dans les conseils généraux et régionaux, ce qui laisse quand même une chance pour les élus minoritaires. De plus le même conseiller ne peut demander la création d'une mission qu'une fois par an, et aucune mission ne peut être créée l'année précédant l'année du renouvellement des conseils (art. L. 2121-22-1, al. 1).

Enfin, la décision de la création d'une mission est prise par l'assemblée à la majorité absolue de ses membres, ce qui suppose un désaccord entre l'exécutif et sa majorité et ainsi en réduit l'intérêt à cette hypothèse particulière<sup>4</sup>. Pourtant dans le cas où elle est créée, sa composition doit respecter le principe de la représentation proportionnelle afin de donner l'occasion à l'opposition d'être représentée au sein de ces missions<sup>5</sup>.

La loi du 27 février 2002 renforce encore les droits des minorités politiques et donne un véritable statut à l'opposition en introduisant l'obligation, dans les communes de 3 500 habitants et plus, les départements et les régions, de réserver un espace à l'expression des conseillers dans le **bulletin d'information** de la collectivité territoriale. Pour que ce droit soit exercé, les publications concernées doivent être les « bulletins d'information générale sur les réalisations et la gestion du conseil municipal ». Dans les conseils municipaux ce droit peut être revendiqué par un seul conseiller puisque la loi mentionne « les conseillers », ce qui peut être tant individuel que collectif, l'obligation étant de ne pas appartenir à la majorité<sup>6</sup>. Les dispositions applicables aux départements et aux régions sont rédigées en termes similaires, à la différence près que l'espace en cause doit être réservé à l'expression des « groupes d'élus » du conseil général ou régional, ce qui implique, d'une part, que ce droit ne peut pas être exercé par un élu à titre individuel, d'autre part, que ce droit peut être exercé aussi bien par les groupes constituant l'opposition dans l'assemblée locale que par les groupes formant la majorité au sein de l'assemblée<sup>7</sup>.

4 FAURE Bertrand, Droit des collectivités territoriales, op.cit, p. 191

5 C'est dans le règlement intérieur du conseil municipal que doivent être fixées les règles de la représentation (art. L. 2121-22-1, al. 3)

6 En fait, cette condition est politique et la loi renvoie au règlement intérieur le soin de définir les modalités d'application des dispositions.

7 COUVERT-CASTERA Olivier, Le droit d'expression des élus locaux dans les bulletins d'information, AJDA 2004, p. 1801

## **B. Des moyens de contrôle peu satisfaisants de l'assemblée sur l'exécutif**

Au niveau local la compétence de principe appartient à l'organe délibérant. C'est lui qui règle par ses délibérations les affaires relevant de ses compétences sur son territoire. Cependant, contrairement aux textes qui dotent les organes délibérants, d'une façon générale, de l'essentiel des compétences et font de la délibération du conseil l'acte clef de tout le système, la supériorité de l'assemblée peut paraître sans valeur dans le régime local puisque la pratique en a dépassé la lettre<sup>8</sup>. A l'égard de l'assemblée, l'exécutif est en position d'exercer son influence en préparant les délibérations, déterminant son ordre du jour et en la présidant. De même façon, les modes de scrutins appliqués pour les élections, comme on l'a déjà vu, favorisent une majorité forte et stable autour de l'organe exécutif.

Par ailleurs, il n'est pas possible de dire qu'il se trouve une certaine répartition rigide des compétences entre l'organe délibérant et l'organe exécutif comme il existe au niveau national, le législateur préférant faire la place à une collaboration souple entre les deux autorités en donnant, de plus, un rôle prépondérant à l'organe exécutif. Peu de techniques de contrôles empruntés au régime parlementaire ne servent à l'assemblée que pour amener l'exécutif à faire un dialogue plus équilibré avec elle. De plus, dans le droit commun il n'existe pas de droit de dissolution de l'assemblée locale par le maire ou le président du conseil général ou régional, ni de mécanisme de renversement, comme la motion de défiance en Corse ou motion de censure en Nouvelle-Calédonie, de l'organe exécutif par cette assemblée.

L'organe délibérant n'a pas un droit collectif, qui résulte de son statut, pour introduire devant le juge administratif un recours pour excès de pouvoir contre les actes de l'organe exécutif, mais un conseiller, individuellement et comme tout contribuable, peut faire ce recours. C'est « un signe d'imperfection du droit institutionnel des collectivités territoriales que l'assemblée doit emprunter les voies communes qui n'ont pas été tracées pour elle lorsqu'elle entend faire respecter son autorité sur la fonction exécutive »<sup>9</sup>. D'une façon ironique, ce contrôle juridictionnel est la seule véritable garantie de contestation directe de l'exécutif en recherchant à sanctionner ses décisions qui méconnaîtraient la compétence générale de l'assemblée.

---

<sup>8</sup> FAURE Bertrand, *Droit des collectivités territoriales*, op.cit, p. 298

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 301

Certes, l'assemblée locale peut toujours critiquer la gestion de l'organe exécutif, en exerçant un contrôle d'opportunité sur ses décisions. De même, l'organe délibérant peut toujours refuser de voter une délibération proposée par le maire ou le président du conseil général ou régional, notamment le budget. Mais une telle situation suppose qu'une majorité défavorable à l'organe exécutif peut être dégagée. Comme il n'existe pas de mécanismes de motion de censure, un éventuel blocage résultant d'une opposition entre l'assemblée et l'exécutif conduirait à une paralysie du fonctionnement que seule la dissolution, prononcée en Conseil des ministres, pourrait résoudre <sup>10</sup>(art. L. 2121-6, L. 3121-5, L. 4132-3).

Le contrôle de l'organe délibérant, du conseil municipal, sur l'exécutif passe en outre par la compétence d'approuver ou refuser d'approuver le compte administratif de l'exécutif. L'alinéa de 2 de l'article L. 1612-12 précise le mode de cette approbation, par une rédaction négative, que « le compte administratif est arrêté si une majorité de voix ne s'est pas dégagée contre son adoption ». Cette délibération doit être présidée par un président spécial de séance autre que le maire qui doit se retirer au moment du vote afin de ne pas faire pression sur l'assemblée. Néanmoins, vu qu'il n'y a pas de moyen d'action directe d'un organe sur un autre, la démission ou plus précisément la menace de la démission peut être un moyen efficace de pression<sup>11</sup>. Mais l' élu local n'agit pas toujours avec une motivation politique et une telle attitude de l'exécutif peut donner un résultat contraire aux fins poursuivies.

*Un moyen de contrôle enterré* : La loi du 19 janvier 1999 avait institué dans l'article L. 4311-1-1 du CGCT un moyen qui permettait d'adopter le budget régional sans vote collectif de l'organe délibérant. Ce mécanisme, dénommé « vote bloqué » consolidé avec la procédure dite du 49-3 régional, permettait au président du conseil régional, en cas d'amendements successifs au projet de budget, de revenir au texte initial modifié par le bureau. Si le projet de budget présenté par le président est rejeté, celui-ci, après avoir inséré les amendements approuvés par le bureau, notifie le projet à chaque conseiller. Le nouveau projet est considéré comme adopté à moins qu'une « motion de renvoi » accompagnée d'un projet de budget alternatif et du nom d'un candidat de président, ne soit votée à la majorité absolue des membres composant le conseil régional. Mais l'article ne jouera probablement plus à

<sup>10</sup> RIMBAULT Christine, Les structures des pouvoirs locaux, in Les notices de la documentation française, op.cit, p. 72

<sup>11</sup> VERPEAUX Michel, Droit des collectivités territoriales, op.cit, p.209

compter des renouvellements des conseils régionaux de 2004 et avec la mise en place de majorités plus stables issues du nouveau régime électoral<sup>12</sup>. Ce système était prévu pour faciliter la passation du budget régional, mais, même mineur, était un moyen identique de contrôle qu'on trouve dans le droit parlementaire. Prise comme un souci secondaire, la démocratie se voit une fois de plus sacrifiée au nom de l'efficacité administrative.

## **II. Les procédures de participation des citoyens à la vie locale : une démocratie limitée**

La démocratie ne se contente pas de la seule désignation des représentants après de longues périodes passées en silence. En effet, elle a besoin d'autres moyens impliquant les administrés dans les processus de décision et ce en leur procurant de l'information, en les consultant ou en les associant sous diverses formes de participation. De même les dirigeants locaux ont également besoin de créer des moyens de dialogue pour mieux répondre aux besoins des citoyens. D'ailleurs, « nul ne contestera le droit des membres d'une collectivité de s'intéresser aux affaires de leurs communes, *car il s'agit aussi de leurs affaires* »<sup>13</sup>. Pourtant, même multipliés depuis 1992, ces moyens rendant l'action locale plus transparente n'ont nullement remis en cause le pouvoir exclusif de décision des élus locaux. Les progrès de la démocratie locale participative obtenus jusqu'à nos jours ne servent qu'à aider les élus afin que ces derniers rendent leurs décisions au nom d'« *une meilleure gouvernance* »<sup>14</sup>.

La participation des citoyens se fait principalement, d'abord par un moyen neutre, le droit à l'information (A), ensuite par les procédures de participation qui ne consiste qu'à donner des avis aux élus locaux (B), enfin en se substituant aux élus afin de donner une véritable décision sur un objet local par le biais du référendum décisionnel (C).

### **A. Le droit à l'information des citoyens**

Le processus débute avec la loi du 6 février 1992 pour régler le droit à l'information des administrés. En affirmant, avec son article 10, que : « le droit des habitants de la commune à être informé des affaires de celle-ci... est un principe essentiel de la démocratie locale » la loi donne un premier cadre

12 BECET Jean-Marie, Structures et fonctionnement des pouvoirs locaux, op.cit, p. 59

13 GUETTIER Christophe, Institutions administratives, Dalloz, 5e Ed, 2010, p. 634

14 CHABROT Christophe, Réflexions sur les récentes réformes de la démocratie locale en France, op.cit, p. 203



juridique à la participation des habitants aux affaires municipales(Art. L. 2141-1 du CGCT). Ce droit s'exprime par l'obligation pour les communes de 3500 habitants et plus (article R.2121-10 du CGCT), les départements (article R.3131-1 du CGCT) et les régions (article R.4141-1 du CGCT) de publier un recueil des actes administratif que tout administré peut consulter.

La loi du 27 février 2002 arrive pour compléter la loi précédente en mettant l'affichage des actes des collectivités sur le même plan que la publication (art. 6 de la loi). Cette disposition concerne non seulement les communes mais aussi les départements et les régions. Il intéresse l'ensemble des actes, les délibérations de l'assemblée et les actes de l'exécutif, soumis à l'obligation de transmission ou exécutoires dès leur seule publication ou notification. L'importance de l'affichage est, évidemment, qu'il détermine le point de départ des délais de recours, de la même manière que la publication au recueil des actes administratifs<sup>15</sup>. De ce fait, l'affichage n'a plus qu'un rôle d'information des habitants.

## **B. L'implication des citoyens à portée consultative**

Après les premiers pas faits en 1992, les dernières années ont vu se multiplier les textes favorisant l'implication des citoyens dans les affaires locales. En effet il est vu comme un regain de la démocratie locale qui se traduit par une croissance de procédures ou pratiques visant à associer les citoyens aux décisions politiques ainsi que par la mise en œuvre de dynamiques participatives, dans le cadre d'une concurrence positive entre les collectivités locales<sup>16</sup>. Cependant il ne faut pas se tromper : si les procédés destinés à permettre à la population de participer plus activement à la vie locale sont assez diversifiés et multipliés dans leur objet, leur encadrement juridique demeure strict, ce qui les rend peu propices pour aboutir aux résultats recherchés au nom d'une meilleure démocratie locale<sup>17</sup>.

Ainsi, les moyens de participation des citoyens à portée consultative se composent globalement des conseils de quartier et des adjoints de quartier (1), des commissions consultatives des services publics locaux (2), de l'enquête publique (3), du droit de pétition (4), et enfin des référendums consultatifs (5).

15 VERPEAUX Michel, La loi du 27 février 2002 relative à la démocratie ou la proximité, une solution pour la démocratie locale ?, op.cit, p.265

16 LEFEBVRE Rémi, La démocratie locale, in les Notices de la documentation françaises, les collectivités territoriales, 4<sup>e</sup> Ed., 2009 p. 121

17 GUETTIER Christophe, Institutions administratives, op.cit, p. 613

## **1. *Les faibles institutions de la démocratie de proximité: Les conseils et les adjoints de quartier***

La loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité prévoit la création des conseils et des adjoints de quartier dans les communes importantes pour mieux s'approcher des administrés. Pourtant ces nouvelles institutions de proximité, qui mélangent la démocratie représentative et la démocratie participative et en étant des instances de concertation des élus avec les administrés, ne constituent qu'une forme de déconcentration de la gestion municipale<sup>18</sup>.

### **a) Les conseils de quartier**

La loi du 6 février 1992 avait déjà légalisé la possibilité de créer des comités consultatifs communaux sur tout problème d'intérêt communal concernant tout ou partie de territoire (art. L. 2143-2). Les conseils de quartiers, étant sur la même ligne avec ces comités, sont constitués par la loi du 27 février 2002.

La loi oblige, en vertu de l'article L 2143-1 du CGCT, l'institution des conseils de quartier dans toutes les communes de plus de 80 000 habitants ; leur création étant facultative dans les communes d'au moins 20 000 habitants<sup>19</sup>. Il n'y a pas d'élection de ces conseils imposée par la loi, et ces derniers ne peuvent être considérés comme des conseils d'arrondissement composés d'élus au suffrage universel direct (art. L. 2511-1). C'est le conseil municipal qui va fixer leurs périmètres, qui va arrêter leurs modalités d'organisation et de fonctionnement, et qui va librement déterminer les moyens matériels, tel qu'un local et les crédits nécessaires à leur fonctionnement, qu'il désire leur accorder<sup>20</sup>. Cependant cette marge de liberté laissée aux élus locaux laisse craindre selon T. Célérierque « les conseils de quartier se trouvent dans une situation de sujétion à l'égard du conseil et du maire »<sup>21</sup>.

Les conseils de quartier ont surtout un rôle consultatif à la demande du maire ou de proposition au maire sur toute question « intéressant le quartier

18 VERPEAUX Michel, La loi du 27 février 2002 relative à la démocratie ou la proximité, une solution pour la démocratie locale ?, RFDA 2003, p.264

19 YVES Jégouzo, De la loi Chevènement à la loi de démocratie de proximité, AJDA 2002, p. 281

20 VERPEAUX Michel, La loi du 27 février 2002 relative à la démocratie ou la proximité, une solution pour la démocratie locale ?, op.cit, p.263

21 GUERARD Stéphane, La démocratie locale en questions, op.cit p. 1316

ou la ville ». Le recours à leurs avis n'est que facultatif pour le maire qui peut les associer à l'élaboration, à la mise en œuvre et à l'évaluation des actions intéressant le quartier. Donc selon l'attitude du maire, ces conseils sont voués à suivre deux voies possibles ; soit ils deviennent les véritables relais de l'action municipale au niveau du quartier, soit des coquilles vides à l'instar des conseils économiques et sociaux des régions françaises<sup>22</sup>.

Les trois plus grandes villes françaises Paris, Marseille et Lyon n'échappent pas à cette obligation légale avec, toutefois, des conditions de création qui leur sont propres ; chaque conseil d'arrondissement devant créer un conseil de quartier pour chaque quartier (art. L. 2511-10-1).

### **b) Les adjoints de quartier**

La loi du 27 février 2002 prévoit en outre la création des adjoints de quartier. Leur nombre ne doit pas dépasser 10 % de l'effectif du conseil municipal ou 30 % de l'effectif du conseil du quartier (art. L. 2122-2-1). Leur création, facultative, est non seulement possible dans les communes de plus de 80 000 habitants, dans lesquels les conseils de quartier sont obligatoires, mais aussi dans les communes dont la population est comprise entre 20 000 et 79 999 habitants. Les adjoints de quartier sont désignés dans les mêmes conditions que les adjoints sectoriels, parmi les membres du conseil municipal et selon le même mode de scrutin (art. L. 2122-4 et L. 2122-7).

Ils sont habilités, avec un luxe de détails inutile au regard du simple bon administratif, à « connaître de toutes les questions intéressant à titre principal le ou les quartiers dont ils ont la charge » et à veiller « à l'information des habitants et favoriser leur participation à la vie du quartier » (art. L. 2122-18-1)<sup>23</sup>. Les adjoints de quartier ne forment pas d'unité au sein de la catégorie juridique des collectivités territoriales, leur efficacité dépendant de leurs efforts personnels.

Alors qu'il n'est pas possible de créer des adjoints de *quartier* à Paris, Marseille et Lyon, puisqu'il existe déjà des conseils et des maires d'arrondissement, ils peuvent être créés dans les conseils d'arrondissement, sous les mêmes conditions de seuil et avec les mêmes missions que celles applicables dans toutes les autres communes<sup>24</sup>.

---

22 Ibid., p. 1316

23 GOHIN Olivier, *Institutions administratives*, op.cit, p.310

24 Art. L. 2511-25-1 créé par l'article 20 de la loi du 27 février 2002

## **2. *Les commissions consultatives des services publics locaux***

Pour que les citoyens puissent s'investir activement dans les processus de la gestion de la collectivité locale, il faut mettre en place des instances qui peuvent répondre à cette exigence. Ici, la loi du 27 février 2002 institue l'obligation de créer une commission consultative des services publics locaux dans les communes, régions et départements de plus de 10 000 habitants, les établissements publics de coopération intercommunale de plus de 50 000 habitants, et syndicats mixtes comprenant au moins une commune de plus de 10 000 habitants (L. 1413-1). La commission comprend les membres de l'organe délibérant désignés dans le respect de la représentation proportionnelle ainsi que des représentants des associations locales mais qui sont encore désignés par cet organe. La loi érige en outre l'exécutif local comme le président de cette commission.

La commission doit être consultée pour avis par l'organe délibérant sur tout projet de délégation de service public, de partenariat et sur tout projet de création d'une régie dotée de l'autonomie financière avant que l'assemblée locale ne prenne sa décision<sup>25</sup>. Cette mesure conforte ainsi la possibilité d'expression offerte aux usagers des services publics en les associant aux décisions, établissant alors une véritable concertation<sup>26</sup>. Cependant le législateur met en péril l'autonomie de cette commission qui est une condition essentielle de sa fonction, en abandonnant sa composition à la liberté de l'assemblée délibérante et en se bornant à investir chaque collectivité à définir les « représentants des associations locales » ainsi que leur nombre. C'est pourquoi il y a lieu de demander comme B. Faure « quelle peut être l'utilité d'un organe dont la collectivité garde la maîtrise en prenant les initiatives, en choisissant les participants, en contrôlant le déroulement de ses activités et, finalement, en appréciant librement les résultats en reprenant ou non à son compte les avis formulés qui ne la tient en aucune façon?<sup>27</sup>

## **3. *Les enquêtes publiques***

Un autre outil de la démocratie participative est l'enquête publique qui est une procédure préalable à la réalisation de certaines opérations visées par une collectivité territoriale, destinée à informer le public de celles-ci et recueil-

---

25 GUETTIER Christophe, *Institutions administratives*, op.cit, p. 634

26 THOMAS Isabelle, *Le principe de participation des usagers au fonctionnement des services publics*, RFDA, 2004, p.330 (15)

27 FAURE Bertrand, *Droit des collectivités territoriales*, op.cit, p. 208

lire les positions des administrés<sup>28</sup>. Les enquêtes publiques de droit commun relevant d'initiative de l'Etat et portant sur les divers projets, comme l'urbanisme ou l'aménagement rural, étaient organisées dans la loi du 12 juillet 1983. L'article 138 de la loi du 27 février 2002 introduit dans le Code de l'environnement l'enquête publique environnementale qui doit être décidée par l'exécutif de la collectivité lorsqu'elle porte sur le « projet d'une collectivité territoriale » (art. L. 123-1 du code de l'env.).

Pour qu'elle soit utile, l'enquête publique doit prendre en considération les intérêts particuliers des administrés. Toutefois elle ne demeure aujourd'hui qu'une consultation préalable qui ne remet pas en cause le pouvoir discrétionnaire de l'administration, le rapport préparé par un commissaire ne constituant qu'un avis à l'égard de l'autorité exécutive.

#### ***4. Le droit de pétition***

La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 apporte une innovation en inscrivant le « droit de pétition » dans l'article 72-1 de la Constitution. Cette vieille institution existe de manière presque permanente depuis la Révolution française et a été par la suite définie par l'ordonnance du 17 novembre 1958 au niveau national.

Dans le cadre de ce droit, un nombre suffisant d'électeurs d'une collectivité territoriale peut demander l'inscription à l'ordre du jour de l'assemblée locale d'une question relevant des compétences de cette collectivité. Pourtant, ce droit ne consiste qu'à « demander » l'inscription à l'ordre du jour et non son « obtention », la décision appartenant comme d'habitude aux élus. Par ailleurs, d'après le texte de l'article 72-1, les seules personnes admises à présenter des pétitions sont les électeurs de la collectivité, c'est-à-dire les électeurs inscrits sur les listes électorales de cette collectivité, ce qui comprend les ressortissants communautaires au niveau communal mais qui exclut tout étranger pour une pétition auprès de toutes les catégories de collectivités<sup>29</sup>.

#### ***5. Les référendums consultatifs***

Paradoxalement, la philosophie cachée derrière les mots tout comme la volonté inhérente à l'esprit de la Constitution ne favorise pas le rendu de la

---

<sup>28</sup> Ibid., p. 204

<sup>29</sup> CHABROT Christophe, *Réflexions sur les récentes réformes de la démocratie locale en France*, op.cit, p. 195

parole de décision aux électeurs. Car, jusqu'à la révision constitutionnelle de 2003, la Constitution n'avait prévu qu'un seul véritable rôle aux citoyens, et c'était celui d'élire et ainsi déterminer les administrateurs locaux. L'article 72 al. 2 de la Constitution ne faisant pas *a priori* mention des électeurs ou citoyens mais de *conseils élus*, avait d'une façon abstraite confié une sorte de monopole de décision ou de la libre administration aux élus locaux<sup>30</sup>. L'idée qui habilite les citoyens à participer aux décisions concernant leur habitat a évolué progressivement à partir de 1992.

Les référendums consultatifs ou consultations locales sont institués dans la vie locale des Français par la loi du 6 février 1992 qui précisait que « le droit des habitants de la commune à être informé... et à être consulté sur les décisions qui les concernent... est un principe essentiel de la démocratie locale » (L. 2141-1). La loi avait d'ailleurs prévu que les électeurs des « communes » pouvaient être consultés sur toute décision que les autorités municipales seraient amenées à prendre. Toutefois, le cadre défini au début pour la consultation des électeurs était très restrictif. Car, l'initiative de cette consultation ne relevait que d'une proposition du maire ou d'une demande écrite de la moitié des conseillers municipaux dans les communes de moins de 3 500 habitants ou du tiers des conseillers dans les communes de 3 500 et plus (L. 2121-9). Par ailleurs, était exclus du champ d'application de la loi les consultations concernant les régions, les départements et toutes les formes de coopération intercommunale. Ce champ serait élargi pour la première fois par la loi du 4 février 1995 d'abord en permettant aux établissements publics de coopération intercommunale de consulter leurs électeurs sur les affaires relevant de leurs compétences en matière d'aménagement, ensuite en donnant à un cinquième des électeurs l'initiative de demander au conseil municipal ou à l'assemblée délibérante d'un établissement public de coopération intercommunale l'organisation d'une consultation relevant de leurs compétences en matière d'aménagement<sup>31</sup>.

Par la suite, le cadre des consultations se trouve intégralement changé par la loi du 13 août 2004 et son décret d'application du 6 décembre 2005. En application de cette loi, l'ensemble des collectivités territoriales peut désormais organiser des référendums de type consultatif ainsi que les établissements pu-

---

30 VERPEAUX Michel, Référendum local, consultations locales et Constitution, AJDA, 2003, p. 541

31 GUETTIER Christophe, Institutions administratives, *op.cit.*, p. 632

blics de coopération intercommunale<sup>32</sup>. Pour les régions et les départements, le seuil de l'initiative populaire a été fixé à un dixième des électeurs, en revanche celui d'un cinquième était maintenu pour les EPCI et les communes. Toutefois un électeur ne peut signer qu'une seule fois la demande tendant à l'organisation d'une consultation dans la même année. De plus, les restrictions concernant l'objet de la consultation ont été supprimées. Ainsi, toutes les collectivités, y compris les EPCI, peuvent procéder à une consultation sur toutes les décisions que les autorités locales envisagent de prendre pour régler les affaires relevant de leurs compétences (L. 5211-49). La consultation peut porter sur une décision de l'exécutif ou de l'assemblée délibérante, d'un projet d'acte individuel ou réglementaire<sup>33</sup>. Le code comprend également une disposition qui peut intéresser les fractions les plus petites d'une commune. En effet, selon l'article L. 1112-15 la consultation peut être limitée aux électeurs du ressort d'une partie de la collectivité, pour les affaires intéressant spécialement cette partie de la collectivité.

Conformément à l'article 72-1 de la Constitution qui reconnaît aux électeurs le droit de demander, par une pétition, l'inscription à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante d'une question relevant de sa compétence, l'article L. 1112-16 rappelle que « la décision d'organiser la consultation appartient à l'assemblée délibérante de la collectivité ». Pourtant, si la compétence qui va faire l'objet de la consultation relève de l'exécutif celui-ci doit en faire la proposition auprès de l'assemblée délibérante. Toutefois, la demande de l'organisation, tout comme les résultats d'une consultation, ne constitue qu'un avis pour l'organe qui va en décider. Par ailleurs, il convient de noter que cet avis ne peut pas être comparé à l'avis rendu par quelconque organe consultatif, les autorités ne sont pas juridiquement liées mais elles doivent en tenir compte politiquement<sup>34</sup>.

Néanmoins, plusieurs limitations au recours d'un référendum consultatif ont été posées par les textes. Ainsi l'organisation d'un référendum est d'abord encadrée par des conditions de date pour, d'une part, ne pas perturber l'exercice de la démocratie représentative et, d'autre part, empêcher l'utilisation politique des consultations locales<sup>35</sup>. De ce fait, Il ne peut pas y avoir de consultation dans les six mois précédant le renouvellement partiel ou total de

32 Art. 1112-15 et L. 5211-49 CGCT issus de la loi du 13 août 2004

33 GUETTIER Christophe, Institutions administratives, op.cit, p. 625

34 DEVOLVE Pierre, Le référendum local (loi organique du 1<sup>er</sup> août 2003), RFDA, 2004, p. 8

35 FAURE Bertrand, Droit des collectivités territoriales, op.cit, p. 219

l'organe délibérant, ni durant les campagnes électorales ou le jour du scrutin prévus pour les referendums locaux du ressort de la collectivité sur le fondement des articles 72-1, 72-4 et 73 de la Constitution ; pas de consultation sur le même objet dans un délai inférieur à un an et enfin pas de consultation sur le même objet dans l'année qui suit la tenue d'un référendum décisionnel ou d'un référendum consultatif sur l'initiative populaire (L. 1112-21).

La décision de l'organisation de la consultation doit être transmise au représentant de l'Etat deux mois au moins avant la date du scrutin. Ce dernier peut, dans les dix jours qui suivent sa réception, la déférer au tribunal administratif s'il l'estime illégale. Il peut assortir son recours d'une demande de suspension. Lorsque la délibération est de nature à compromettre l'exercice d'une liberté publique ou individuelle, le président du tribunal administratif en prononce la suspension dans les 48 heures.

Enfin, il convient de préciser que la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 a instauré une autre procédure de consultation à l'initiative des autorités centrales, mais non locales. Ainsi, l'article 72-1 alinéa 3 de la Constitution prévoit qu'en cas de création d'une collectivité territoriale dotée d'un statut particulier ou de modification de son organisation ou de ses limites territoriales, il peut être décidé par la loi de consulter les électeurs inscrits dans les collectivités intéressées.

### **C. Une seule modalité de participation décisionnelle: les référendums locaux**

Les référendums de type décisionnel constituent les seuls moyens de la démocratie directe ou participative où l'on délègue véritablement aux citoyens le pouvoir de décider sur une affaire concernant leur environnement local, et ainsi, le monopole de décision laissé jusqu'en 2003 à la discrétion des élus se trouve désormais partagé avec les administrés. La réforme constitutionnelle de 2003 instituant le référendum décisionnel, établit « la seule procédure qui articule la participation à la décision »<sup>36</sup>. En effet, avec la loi organique du 1er août 2003 relative au référendum local, la révision tend à dépasser les réserves traditionnelles de la France à l'égard du référendum en général et des particularismes locaux.

La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 introduit dans la Constitution l'article 72-1 qui prévoit que « dans les conditions déterminées par une loi or-

<sup>36</sup> LEFEBVRE Rémi, *La démocratie locale*, op.cit, p. 124



ganique, les projets de délibération ou d'acte relevant de la compétence d'une collectivité territoriale peuvent, à son initiative, être soumis, par la voie du référendum, à la décision des électeurs de cette collectivité ». Cette faculté d'organiser un référendum décisionnel est reconnue à toutes les collectivités territoriales, y compris celles d'outre-mer, mais en exclusion des établissements publics de coopération intercommunale. Comme les consultations locales, la décision de recourir à un référendum appartient à l'assemblée délibérante de la collectivité, mais dans le cas des référendums locaux, l'initiative est partagée entre l'assemblée délibérante et l'exécutif. Pourtant, selon l'article LO 1112-2 du CGCT, il appartient au seul l'exécutif de la collectivité concernée de proposer à l'organe délibérant de soumettre à référendum local « tout projet d'acte relevant des attributions qu'il exerce au nom de la collectivité » - à l'exception toutefois des projets d'actes individuels ; ce qui s'explique selon le Conseil constitutionnel, « en raison tant du régime juridique particulier de tels actes que du risque d'atteinte aux droits individuels que leur adoption par référendum pourrait comporter »<sup>37</sup>. S'agissant des électeurs, ils n'ont pas de droit d'initiative en la matière, mais rien ne leur interdit l'utilisation de leur droit de pétition afin de demander à l'assemblée délibérante d'y recourir, sans être assurés que cette demande sera nécessairement débattue en séance. C'est pour cette raison que le rejet d'initiative populaire dans la procédure référendaire au profit d'un simple droit de pétition, prévu à l'alinéa 1er de l'article 72-1, ne constitue qu'« un aspect particulier de la tendance générale à valoriser la dimension représentative »<sup>38</sup>.

L'organisation matérielle des référendums est confiée aux communes, et ce quelle que soit la collectivité ayant décidé d'y recourir. Plus exactement c'est le maire qui va exécuter les référendums<sup>39</sup>. En effet, Dans plusieurs cas le maire est l'exécutif d'une délibération d'une collectivité dont il n'est pas normalement le représentant, ce qui présente un nouvel exemple de dédoublement fonctionnel. C'est la raison pour laquelle le législateur, ayant prévu le cas de l'inertie des maires, précise dans le 2e alinéa de l'article LO 1112-4 que « Si un maire refuse de procéder à cette organisation, le représentant de l'Etat, après l'en avoir requis, y procède d'office », ce qui présente en outre un pouvoir de substitution ayant double originalité<sup>40</sup>.

37 DEVOLVE Pierre, Le référendum local (loi organique du 1<sup>er</sup> août 2003), op.cit, p. 11

38 DUPRAT Jean-Pierre, La prudente avancée du référendum local dans la loi organique du 1<sup>er</sup> août 2003, AJDA, 2003, p. 1863

39 Art. LO 1112-4, al. 2 du CGCT, précise que « les maires organisent le scrutin ».

40 DEVOLVE Pierre, Le référendum local (loi organique du 1<sup>er</sup> août 2003), op.cit, p. 14

Pour que le projet soumis à référendum soit adopté, la moitié des électeurs inscrits doit participer au scrutin et au moins la moitié des suffrages exprimés doit être favorable. L'existence de ces seuils a pour but de mobiliser les citoyens en accordant une importance primordiale au principe d'effectivité démocratique<sup>41</sup>. S'agissant des électeurs autorisés à participer au scrutin, la loi organique mêle des dispositions propres à la consultation référendaire et des règles du droit commun électoral concernant la collectivité à l'origine de la consultation. Aux termes de l'article LO 1112-11 du CGCT, « seuls peuvent participer au scrutin les électeurs de nationalité française inscrits... sur les listes électorales de la collectivité territoriale ayant décidé d'organiser le référendum et, pour un référendum local décidé par une commune, les ressortissants d'un Etat membre de l'Union Européenne inscrits... ». Ainsi, on observe, d'une part, que seuls peuvent participer au scrutin les électeurs de la collectivité territoriale et non ses habitants ; d'autre part, les ressortissants communautaires n'ont la possibilité de participer qu'aux seuls référendums organisés par les communes, dans la mesure où ils se sont vus reconnaître le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales en application de l'article 88-3 de la Constitution<sup>42</sup>.

Les référendums locaux sont soumis aux mêmes restrictions de calendrier que les consultations locales, à la différence qu'un référendum pourrait être organisé moins d'un an après la tenue d'une consultation ayant le même objet, mais non l'inverse<sup>43</sup>. Contrairement aux consultations locales, le résultat du référendum local s'impose à la collectivité concernée. La collectivité se trouve dans l'obligation de suivre le choix des électeurs. Comme toute décision, les projets adoptés par référendum sont subordonnés aux règles de publicité applicable, selon le cas, à une délibération de l'assemblée délibérante (LO 1112-1) ou à un arrêté de l'exécutif (LO 1112-2).

Enfin, dans le cas des référendums décisionnels, si la régularité du référendum peut être contestée cela ne signifie pas qu'il va de même pour une décision prise par la population locale. En effet, le juge administratif, à la suite du juge constitutionnel, refusera peut être à l'avenir d'apprécier la légalité d'une décision populaire<sup>44</sup>. Toutefois le juge sanctionne des cas où la collecti-

---

41 AUBIN Emmanuel-ROCHE Catherine, *Droit de la nouvelle décentralisation*, « Compétences évolutives des collectivités territoriales », Gualino, 2005, p. 164

42 Les dispositions de l'article LO 1112-11 sont applicables aussi aux consultations locales

43 GUETTIER Christophe, *Institutions administratives*, op.cit, p. 625

44 GUERARD Stéphane, *La démocratie locale en questions*, op.cit, p. 1324

tivité dépasse la limite de ses compétences ou les restrictions déterminées par la loi ; la commune de Saint-Denis posant la question de « Êtes-vous pour la reconnaissance du droit de vote et d'éligibilité des résidents étrangers aux élections locales ? » aux habitants de la commune, sans faire la distinction entre ressortissants communautaires et extra-communautaires, en constitue un bon exemple<sup>45</sup>. Pourtant, avec résignation, on ne déduit pas toujours des intuitions optimistes des nouveautés, car selon P. DEVOLVE « la démocratie directe ou participative au niveau local ne fait partie ni de notre culture politique ni de notre tradition juridique. Ce ne sont pas les nouvelles dispositions qui vont les changer »<sup>46</sup>.

---

45 VERPEAUX Michel, Du bon et du mauvais usage des référendums locaux, AJDA, 2006 p. 874

46 DEVOLVE Pierre, Le référendum local (loi organique du 1<sup>er</sup> août 2003), *op.cit.*, p. 17



# Karşılaştırmalı Hukukta Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu

Cihan YÜZBAŞIOĞLU\* - Ufuk Ceren MENSİZ\*\*

## GİRİŞ

Günümüzde anayasa şikayeti, Orta Avrupa ülkeleri de dahil olmak üzere Avrupa'nın pek çok ülkesinde uygulanan bir yargı yoludur. Anayasa şikayeti yolunun amacı, bir temel hak ya da özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasında olan bireyin, doğrudan Anayasa Mahkemesi'ne (AYM) başvurabilme olanağının sağlanmasıdır. Bir hukuk devletinde, hakların ihlal edilmesi halinde, bireylerin bu haklarını ileri sürebilecekleri cezai, hukuki ve idari yargı yolları bulunmaktadır. Ayrıca, anayasa yargısının bir parçası olan itiraz yolu da, bireyin somut bir olayda temel hak ve özgürlüğünü koruma amacına yönelik bir mekanizma olsa da, anayasa şikayeti mekanizması doğrudan temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin bir mekanizma olduğu için, itiraz yoluna göre çok daha etkili bir yargı yoludur. Anayasa şikayeti, diğer yargı yollarından bir sonuç alamayan bireylere ek olarak sunulmuş bir başvuru yoludur.

07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı "T.C. Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun", 12 Eylül 2010 tarihinde halkoylamasında kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Bu kanunun 18. maddesi, Anayasa'nın 148. maddesine, "*bireysel başvuruları karara bağlama*" görevini de ekleyerek AYM'nin görev tanımını genişletmiştir. Anayasa'nın 148. maddesine 07.05.2010 tarihinde eklenen 3. fıkra, anayasa şikayeti mekanizmasını düzenlemektedir. Bahsedilen hükme göre; "*Herkes, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla*

\* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

\*\* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

*Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması gereklidir.”* Yine aynı kanun ile Anayasa'ya eklenmiş bulunan geçici 18. maddenin son fıkrasına göre, “*Bireysel başvuruya ilişkin gerekli düzenlemeler iki yıl içinde tamamlanır. Uygulama kanununun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bireysel başvurular kabul edilir.”*

Doktrinde bu yeni başvuru yolu bazı yazarlarca **anayasa şikayeti**; diğer yazarlarca da **bireysel başvuru yolu** olarak adlandırılmaktadır. Kanaatimizce, söz konusu başvuru yolunun bireylerin temel haklarının doğrudan ihlali halinde kullanılabileninden bahisle, *bireysel başvuru* kavramına göre daha dar kapsamlı olan (soyut norm denetimi ya da *actio popularis* imkanlarını dışarıda bırakan) *anayasa şikayeti* kavramının kullanılması, başvurunun niteliği açısından daha yerinde olacaktır. Ayrıca, belirtmek gerekir ki, çalışmada yer alan, Avusturya dışındaki ülkelerde, anayasa şikayeti ve bireysel başvuru kavramı aynı anlama gelmektedir. Bu nedenle bu çalışmada her iki kavram bir arada kullanılacaktır. Buna karşılık, aşağıda değinileceği üzere, Avusturya hukukunda, anayasa şikayeti ve bireysel başvuru kurumları ayrı olarak düzenlendiğinden farklılık arz etmektedir. Dolayısıyla, bu kavramların yerinde kullanımı Avusturya hukuku açısından daha büyük önem taşımaktadır.

Anayasa şikayeti yolunun ülkemiz bakımından yeni bir başvuru yolu olmasından bahisle, bu yolun uygulamada ne şekilde işleyeceğine ilişkin tereddütler bulunmaktadır. Bu çalışmada Anayasa şikayetinin Avrupa Konseyi'ne üye olan devletlerde ne şekilde düzenlenip uygulandığı ve Venedik Komisyonu'nun anayasa şikayeti yoluna yaklaşımı inceleme konusu yapılacaktır. İlk olarak, Avrupa ülkelerinden coğrafi dağılımları ve toplumsal yapıları farklı olan ülkeler seçilecek ve bu ülkelerdeki anayasa şikayeti ya da bireysel başvuru yollarının ne şekilde düzenlendiği ve uygulandığı inceleme konusu yapılacaktır. Bu bağlamda belirlenen ülkeler, Almanya, İspanya, Avusturya, Rusya, İsviçre ve Polonya'dır. Farklı özellikleri göz önünde bulundurularak seçilmiş olan bu ülkelerde mevcut bulunan anayasa şikayeti kurumu on ayrı kriter göz önünde bulundurularak incelenecektir. Bu kriterler; bireysel başvuru hakkına sahip bulunan kişiler, bireysel başvuruya referans teşkil eden haklar ve düzenlemeler, bireysel başvuru konusu yapılabilecek işlemler, başvurunun yapılacağı süre, bireysel başvuru dilekçesinin kapsamı ve verilmiş usulü, kabul edilebilirlik incelemesi ve kararı, geçici tedbir kararı, verilen kararların etki ve sonuçları, başvuru hakkının kötüye kullanılması ve ilgili ülke hukuku ve uygulamasına göre kanun yolu ve anayasa şikayeti ayrımı şeklinde ele alınacak olmakla birlikte; yer yer Venedik Komisyonu (Hukuk Yoluyla

Avrupa Komisyonu'nun<sup>1</sup> 27 Ocak 2011'de yayımlanan “Study on Individual Access to Constitutional Justice (Anayasal Adaletle Bireysel Erişim)”<sup>2</sup> adıyla ifade edilen raporundan yola çıkılmak suretiyle anayasa şikayeti kurumuna karşı yaklaşımı ve kurumun işlevselliğinin sağlanması adına bu başvuru yolunu uygulayan devletlere önerileri inceleme konusu yapılacaktır.

## I. BAŞVURU HAKKININ KAPSAMI VE BAŞVURU USULÜ

### A. Başvuru Hakkına Sahip Olan Kişiler

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkına sahip olan kişiler bakımından, bu çalışmada incelenen ülkelerde, gerçek kişiler ile tüzel kişiler arasında ayırım yapıldığı, ülkelerin tamamında gerçek kişilere başvuru hakkı tanınmış olmasına karşılık, tüzel kişilerin başvuru hakkı bakımından, bu ülkelerde paralel düzenlemelerin yer almadığı söylenebilir. Ancak belirtmek gerekir ki, incelenen ülkelerde her ne kadar başvuru hakkına sahip tüzel kişilerin hangileri olduğu bakımından birlik olmasa da; bu ülkelerin tamamında tüzel kişilere başvuru hakkının tanınmış olduğu karşımıza çıkmaktadır.

İlk olarak, gerçek kişilerden bahsetmek gerekirse ülkelerin, başvuru hakkına sahip olan kişiler bakımından genişletici yoruma başvurdukları görülmektedir. Ülkelerin pek çoğunda vatandaşların yanında, yabancıların ve hatta vatansızların dahi başvuru hakkına sahip olduğu karşımıza çıkmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, bu ülkelerin büyük çoğunluğunda temel haklar bakımından ayırım yapılmış ve bu hakların bir kısmına yalnızca vatandaşların sahip olabileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla salt vatandaşların sahip olduğu temel haklar bakımından, yalnızca vatandaşlar bireysel başvuru yapma hakkına sahip olacaktır. Bunlar dışında kalan ve gerek vatandaşların gerekse yabancıların yararlanabileceği haklar bakımından ise, yabancılar da bireysel

<sup>1</sup> Venedik Komisyonu, Avrupa Konseyi'nin ve Avrupa Parlamentosu'nun anayasal konulardaki danışma organıdır. 1990 yılında Berlin Duvarının çöküşü sonrası Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinin anayasa hazırlama sürecinde acil yardıma ihtiyaç duydukları bir dönemde kurulmuş, bu ülkelerin anayasa hazırlamalarında öncü rol üstlenmiştir. Anayasa hazırlama sürecindeki tavsiyeleri ile, kriz yönetimi ve çeşitli sorunların önlenmesi açısından da önemli bir işlev görmektedir. Komisyon'a Avrupa Konseyi üyesi 47 ülkenin tamamı üye olup, 2002 yılı Şubat ayında bir antlaşma ile Avrupa dışından ülkelerin de Komisyon'a üye olmalarına izin verilmiştir. Kırgızistan, Şili, Güney Kore, Fas, Cezayir ve İsrail'in üyelikleri böyle mümkün olabilmıştır. ABD dahil 8 ülke de Komisyon'a gözlemci statüsündedir. Güney Afrika ise gözlemci olmasa da Komisyon içinde özel bir konuma sahiptir.

<sup>2</sup> European Commission For Democracy Through Law, (Venedik Komisyonu), Study on Individual Access to Constitutional Justice, Study no 538/2009, 27.01.2011.

başvuru yolunu kullanabileceklerdir. Alman Anayasasının 93. maddesinin 1. fıkrasının 4-a bendine göre, *temel haklarından veya temel hak benzeri bir hakkı kamu gücü tarafından ihlal edildiği kanaatinde olan herkes anayasa şikayeti yoluna başvurabilmektedir.*<sup>3</sup> Almanya’da temel hakların ihlali halinde, Alman vatandaşlarının başvuru hakkı açıkça düzenlenmiştir. Bunun yanında temel haklar bakımından yabancıların da Anayasa şikayeti yoluna başvurma hakkı bulunmaktadır. Ancak, Alman Anayasası’nın 8. maddesinde düzenlenen toplanma özgürlüğü, 9. maddesinde düzenlenen örgütlenme özgürlüğü, 11. maddesinde düzenlenen yerleşme ve seyahat özgürlüğü, 12. maddesinde düzenlenen meslek özgürlüğü, 16. maddesinde düzenlenen sınır dışı edilmeme ve vatandaşlıktan çıkarılmama hakkı ve 33. maddesinde düzenlenen her eyalette aynı vatandaşlık hakkına sahip olma ve kamu hizmetine girme hakkı sadece Alman vatandaşlarına tanınmış haklardır.<sup>4</sup> Ancak bu haklar bakımından dahi, yabancılar 2. maddede yer alan eylem özgürlüğünü ileri sürerek, devletin bu haklara ilişkin olarak yapacağı kısıtlamaların ölçülü olmasını isteme hakkına sahiptir.<sup>5</sup>

Benzer şekilde, İspanya Anayasası’nın 53. maddesinin 2. fıkrasında sayılan hak ve özgürlüklerden birinin ihlal edilmesi halinde, bundan etkilenen gerçek veya tüzel kişiler amparo başvurusunda bulunabilir. İspanya Anayasası’nın 162. maddesinin 1-b fıkrasında *“yurttaş”* yerine *“kişi”* kavramının kullanılması ise bilinçli bir seçimdir. İspanya Anayasa Mahkemesi ve doktrini de amparo başvurusunda bulunabilecek kişileri geniş yorumlamaktadır.<sup>6</sup> Anayasa ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerden yabancılar ve vatansızların da, antlaşmalar ve kanunlar çerçevesinde, yararlanacağı kabul edilmektedir.<sup>7</sup> Buna karşılık, yabancıların salt İspanya vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanmaları mümkün değildir.<sup>8</sup> 2008 yılına ilişkin veriler göz önünde bulundurulduğunda, yabancıların yapmış olduğu toplam amparo başvurusu sayısının 3518 olması ve bu sayının toplam amparo başvurularının

3 Rudolf Mellinghof, Federal Almanya Cumhuriyetinde Anayasa Şikayeti, Anayasa Yargısı, S.26, Ankara: AYM, 2009, s.34.

4 Ebru Karaman, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2013, s. 120.

5 Mallinghof, op.cit., s.34.

6 Maria Emilia Casas Baamonde, “Amparo Başvurusu”, Anayasa Yargısı, S.26, Ankara: AYM, 2009, s.102.

7 Karaman, op.cit., s.123.

8 Bu haklara örnek olarak, Anayasa’nın 23. maddesinde düzenlenen katılım hakkı ve 19. maddesinde düzenlenen serbestçe ikamet ve giriş çıkış özgürlüğü gösterilebilir.



%35'ini oluşturması, yabancıların amparo başvurusunu aktif bir şekilde kullandıklarını ortaya koymaktadır.<sup>9</sup> Bununla birlikte, seçme ve seçilme hakkına ilişkin olarak İspanya Anayasası, bir antlaşmanın ya da kanunun yabancılara müteakiliyet şartıyla yerel seçimlerde seçme ve seçilme hakkının tanınmasına izin vermektedir.<sup>10</sup> Ayrıca, İspanya Anayasa Mahkemesi kişi kavramının kapsamını daha da genişleterek yabancıların yanında, İspanya'ya yasa dışı yollardan giren kimselerin de, İspanya Anayasası tarafından siyasal düzenin ve toplumsal barışın temeli olarak nitelendirilen insan onuru ve buna bağlı vazgeçilmez hakların korunması için amparo başvurusunda bulunma hakkına yer vermiştir.<sup>11</sup>

Yine, İsviçre Federal Anayasasında ve Federal Mahkemeye Dair Kanunun 115. maddesinde **“her kim”** kavramı kullanılmakla, aksi yönde bir düzenleme yapılmadıkça, yabancılara ve vatansızlara anayasa şikayeti yoluna başvurma hakkı tanınmıştır. Federal Anayasa ve Federal Mahkeme, bazı anayasal hakların yalnızca İsviçre vatandaşlarına ait olduğunu ve bunlara dayanarak yabancıların veya vatansızların başvuru hakkının sınırlanabileceğini kabul etmektedir. Bunun yanında, Federal Mahkeme yabancıların veya vatansızların başvuru hakkını daha da sınırlayarak, İsviçre'de ikamet etme şartı öngörmüştür. Buna göre, yalnızca İsviçre'de ikamet eden yabancı veya vatansızların başvuru hakkı bulunmaktadır.

İncelenen bir diğer ülke olan Rusya'da bireysel başvuru yapabilecek gerçek kişiler de benzer şekilde değerlendirilmektedir. Rusya Anayasa Mahkemesine başvuru hakkı bireysel ya da toplu olarak, temel hak ve özgürlükleri ihlal edilen kimselere tanınmıştır. Yani kişiler tek başlarına ya da bir arada başvuru yapabilme hakkına sahip olacaktır. Anayasa Mahkemesine, bireysel başvuru yapabilme hakkına sahip olan kişiler belirlenirken genişletici yorumun benimsenmesiyle, bu yolun kapsamı ciddi olarak genişlemiştir. Başvuru hakkı yalnızca Rus vatandaşlarına tanınmamış olup; yabancılar, hatta vatansızlar da bu haktan yararlanabilirler.<sup>12</sup>

9 Baamonde, op.cit., s.107.

10 Baamonde, op.cit., s.103.

11 Baamonde, op.cit., s.102.

12 Rusya'daki düzenlemeye göre, bireysel başvuru yapılabilmesi için iki koşul bulunmaktadır. İlk olarak, başvuru konusu kanun hükmü, bir anayasal hak veya özgürlüğü etkilemelidir. İkinci olarak, söz konusu kanun hükmü somut olayda uygulanmış olmalı ya da uygulanması yönünde mahkemece veya başka bir makamca teşebbüste bulunmuş olmalıdır (Valery Zorkin, “Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Bireysel Başvuru”, Anayasa Yargısı, S.26, Ankara: AYM, 2009, s. 287).

Anayasa şikayeti hususunda farklı bir yaklaşıma sahip olan Avusturya'da ise, anayasa şikayeti başvurusunun tarafları, şikayet sahibi olan kişi ve şikayet konusu işlemi yapan idari makamdır. Keza Avusturya hukukuna göre, anayasa şikayeti yolu, idari yargının özel bir türüdür. Yalnızca idarenin eylem ve işlemlerine karşı anayasa şikayeti yolu söz konusu olabilmektedir. Bu durumun bir sonucu olarak, idari bir makamın, son aşamadaki kararına karşı, anayasa şikayeti yoluna başvurabilme hakkı, yalnızca karar öncesi prosedüre taraf olanlara verilmiştir.<sup>13</sup> Bunun yanında uyuşmazlıkla hukuki bir bağlantısı olan herkes başvuru üzerine başlatılan davaya katılabilmektedir.<sup>14</sup> Anayasa şikayeti kural olarak, idarenin anayasaya aykırı işlemlerine karşı öngörülmuş bir yol olması sebebiyle, idarenin söz konusu işlemine muhatap olan bireylerin, anayasa şikayetine başvurma hakkı bulunmaktadır. Avusturya sisteminde yer alan ikinci başvuru yolu ise, *bireysel başvuru* olarak adlandırılmaktadır. Söz konusu başvuru yolunda idarenin eylem ve işlemleri değil; temel hak ihlaline neden olan normlar inceleme konusu yapılmaktadır. Keza Avusturya sisteminin ilk halinde yalnızca anayasa şikayeti yolu yer almaktaydı. Bu yolda, yalnızca idarenin eylem ve işlemleri sonucunda temel hakları ihlal edilmiş olan kimselere, idari yargı dışında alternatif bir başvuru imkanı sunulmaktaydı. Buna karşılık, herhangi bir idari işleme gerek duyulmaksızın, bireyler üzerinde sonuç doğuran düzenleyici işlemlere karşı herhangi bir başvuru imkanı yer almamaktaydı. Dolayısıyla bu haliyle, temel hak ihlalleri etkili bir şekilde gidilememekteydi. Söz konusu boşluğu ortadan kaldırmak için, ikinci bir kurum olan, bireysel başvuru mekanizması benimsenmiştir. Bireysel başvuru yolunda, temel hak ihlaline neden olan normların anayasaya aykırılığı hususu incelenmektedir. Bireysel başvuru yoluna, anayasaya aykırı yasal düzenlemeden doğrudan etkilenen kişiler başvurabilmektedir. Söz konusu norm denetimini Anayasa Mahkemesi kendiliğinden de başlatabilme hakkını haizdir. Aşağıda ayrıca belirtileceği üzere, Anayasa Mahkemesi kendisine yapılan bir anayasa şikayeti başvurusu üzerine, incelemekte olduğu idari işleme dayanak teşkil eden hukuk normunun anayasaya aykırı olduğu kanaatine varırsa, kendiliğinden norm denetimi başlatma yetkisine sahiptir. Ayrıca, Danıştay, Yargıtay, herhangi bir uyuşmazlığa bakmakta olan ikinci derece Hukuk Mahkemeleri ile Ceza Mahkemeleri, İltica Mahkemeleri, Bağımsız İdari Kurullar, Fede-

13 Herbert Haller, "Anayasa Şikayeti ve Buna İlişkin Sorunlar (Avusturya'da Temel Hak Şikayeti Hakkında Rapor), Anayasa Yargısı, S.26, Ankara: AYM, 2009, s.6.

14 Gerhart Holzinger, "Avusturya Anayasa Hukukunda Anayasa Şikayeti ve Bireysel Başvuru", Anayasa Yargısı, S.26, Ankara: AYM, 2009, s.64.

ral İhale Kurumu bireysel başvuruda bulunma hakkına sahiptir.<sup>15</sup> Görüldüğü gibi, bireysel başvuru yolunun devlet organlarınca kullanıldığı bu haller Türk hukukundaki itiraz yolunu andırmaktadır. Nitekim bu organlar önlerine gelen bir uyuşmazlıkta uygulamakta oldukları yasal düzenlemelere karşı dava açma hakkına sahiptirler. Bunun yanında, eyalet kanunlarına karşı federal hükümet, federal kanunlara karşı eyalet hükümetlerinin, Ulusal Meclis'in üye tamsayısının üçte biri oranında milletvekili veya Federal Meclis<sup>16</sup>'in üye tamsayısının üçte biri oranındaki milletvekili de bir araya gelerek Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunma hakkına sahiptir.<sup>17</sup> Eyalet Meclisi Üyelerinin üye tamsayısının üçte biri oranındaki üyenin başvurusu ile de eyalet kanunlarına karşı başvuru imkanı bulunmaktadır. Bu sayılan devlet organlarının Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmeleri için söz konusu yasal düzenlemenin herhangi bir somut olayda uygulanmış olmasına veya hak ihlalinin doğmasına gerek yoktur. Bu durum ise, Türk hukukunda yer alan iptal yolunu andırmaktadır.

Başvuru hakkına sahip kişiler kapsamında incelenmesi gereken bir diğer husus ise, başvuru hakkına sahip kamu otoriteleridir. Belirtmek gerekir ki, bu çalışmada incelenen ülkelerin tamamında, kamu otoritelerine bireysel başvuru hakkı tanınmamıştır. Buna karşılık, birtakım ülkelerde temel hakları ihlal edilen kişilerin yanında, bu kapsama girmeyen kamu otoritelerine de söz konusu başvuru hakkı tanınmıştır. Diğer ülkelerden büyük farklılıklar taşıyan Avusturya sisteminde yer alan, bireysel başvuru yoluna başvurabilme hakkına sahip kamu otoritelerine yukarıda değinilmiştir. Burada değinilmesi gereken ilk ülke İspanya'dır. İspanya Anayasa Mahkemesinin Kuruluşuna İlişkin Organik Kanun'un 46. maddesine göre, *kamu gücünün işlemlerinden doğrudan zarar gören ya da etkilenen kimselerin yanı sıra kamu denetçisi ya da savcılığın da amparo başvurusunda bulunabilme hakkı bulunmaktadır*.<sup>18</sup> Ayrıca, savcılık vatandaşların haklarını ve kamu yararının korunması amacıyla amparo başvurusunun her aşamasında davaya müdahil olarak girme hakkını da haizdir. Yine, İsviçre hukukuna göre, ombudsmanın anayasa şikayeti yoluna başvurabilme hakkı bulunmaktadır. Bunun dışında, sivil toplum kuruluşları da *amicus curiae* sıfatıyla sürece dahil olabilmektedir. Yani dava

15 Holzinger, op.cit., s. 68.

16 Avusturya hukuk sistemine göre Ulusal meclis ve Federal Meclis Avusturya parlamentosunun iki kanadını oluşturmaktadır.

17 Holzinger, op.cit., s.4.

18 Selin Esen Arnwine, "İspanya'da Amparo Başvurusu ve Türkiye", Anadolu Üniversitesi, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı Sempozyumu, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Basımevi, 2011, s.102.

ile ilgisi olmadığı halde, bazı sivil toplum kuruluşları tarafsız olarak mahkemeye belli konularda görüş verebilmektedir. Benzer bir durum Rusya'da söz konusudur. Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi Hakkında Federal Kanuna göre, *Rusya başsavcısı ve ombudsman anayasa şikayeti başvurusu yapabilme hakkına sahiptir*. Bugüne kadar başsavcının bu hakkı henüz hiç kullanmamış olmasına karşılık ombudsman her yıl ortalama 5 ila 6 başvuruda bulunmaktadır.<sup>19</sup>

Venedik Komisyonu, ombudsmanların, insan haklarına saygılı bir düzenin temelini teşkil eden demokratik toplum yapısının unsurlarından biri olarak işlev gördüğünün altını çizmiştir. Komisyon'a göre; ombudsmanlara, kamu idareleri ile bireyler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünü kolaylaştırma görevlerinin yanı sıra, insan hakları ve özgürlüklerine müdahale eden genel düzenlemelerin veya bireysel işlemlerin anayasaya aykırılık sorununu ister re'sen, ister bireylerin başvurusu üzerine harekete geçmek suretiyle, anayasa mahkemesi önüne getirebilme imkanının da verilmesi gereklidir.

Yukarıda belirtildiği üzere, bireysel başvuru yolundan tüzel kişilerin yararlanabilmesi hususunda, incelenen ülkelerde görüş birliği bulunmaktadır. Buna karşılık, başvuru yolundan yararlanacak olan tüzel kişilerin kapsamının ne olduğu hususunda ülkeler arasında görüş birliği bulunmamaktadır. Bazı ülkeler başvuru hakkına sahip olan tüzel kişileri geniş olarak yorumlarken, bazı ülkelerde yer alan sistemde tüzel kişilere son derece dar bir başvuru hakkı tanınmıştır. Yine, incelenmiş olan ülkelerin bir kısmında, tüzel kişiler yalnızca kendi haklarının ihlali halinde bireysel başvuru yapabilirken; diğer bazı ülkelerde tüzel kişiler hem kendilerinin, hem de kendi bünyesinde yer alan gerçek kişilerin temel hakları üzerinde meydana gelen ihlaller bakımından başvuru yapabilme hakkına sahiptir. Belirtilmesi gereken bir diğer husus ise, ülkelerin pek çoğunda tüzel kişilerin başvuru hakkına ilişkin düzenlemelerin açık ve net olmaması ve başvuru hakkının yazılı düzenlemelerden ziyade, ulusal Anayasa Mahkemelerinin uygulamaları ile genişletilmiş olmasıdır. Yani incelenen ülkelerin pek çoğunda, tüzel kişilerin başvuru hakkı ya doğrudan mahkeme içtihadından doğmakta ya da içtihatlar yoluyla kapsamı genişletilmektedir.

İlk olarak, Alman Anayasası'nın 19. maddesine göre, yerli tüzel kişilerin nitelikleri gereği uygulanabildiği ölçüde temel haklardan yararlanma hakkı bulunmaktadır. Alman Anayasa Mahkemesi tüzel kişi kavramını geniş olarak yorumlamaktadır. Medeni kanunda yer alan tüzel kişilerin yanı sıra, anonim

<sup>19</sup> Zorkin, op.cit., s.285.

şirket, limited şirket, tüzel kişiliğe sahip olmayan kişi topluluklarını da tüzel kişi kavramına dahil etmektedir. Buna karşılık yabancı tüzel kişilerin anayasa şikayetine başvuru hakkı bulunmamaktadır.<sup>20</sup> Alman hukukunda, kural olarak, kamu tüzel kişileri anayasa şikayeti yoluna başvuramamaktadır. Ancak, kamu tüzel kişileri istisnai olarak başvuru hakkına sahip olmaktadır. Örneğin adil yargılanma hakkı kamu tüzel kişileri tarafından da başvuru konusu yapılabilmektedir.<sup>21</sup> Alman doktrinine göre, üniversiteler, araştırma enstitüleri, sanat ve meslek yüksek okulları, radyo ve televizyon gibi devlete bağlı olan, ancak belli bir dereceye kadar devletten bağımsız faaliyetler yürüten (özerk) kurumlar, taşıyıcısı oldukları haklarla sınırlı olarak anayasa şikayetine başvurma hakkına sahiptir.<sup>22</sup> Bunun yanında Almanya’da belediye ve belediye birlikleri gibi kamu hizmeti yürüten kamu tüzel kişilerinin de özerk yönetim haklarının ihlal edildiği iddiası ile anayasa şikayetine başvurabilme hakkı bulunmaktadır.<sup>23</sup> Yani kamu tüzel kişileri yalnızca temel hakkın koruduğu yaşam alanının ilgili hak sahibine doğrudan özgülenmesi halinde şikayet hakkına sahip olacaktır.<sup>24</sup> Siyasi partiler özel hukuk tüzel kişisi niteliği taşımakla birlikte; siyasi amaç taşıdıkları için dernek veya vakıflardan ayrılmaktadırlar. Alman Anayasa Mahkemesi’ne göre siyasi partiler seçim hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda anayasa şikayetine başvuru hakkına sahip olmaktadır. Siyasi partiler eşit işlem görme hakkına ya da Anayasal statülerinde yer alan temel haklarının ihlal edildiğine dayanarak bireysel başvuru yapabilirler.<sup>25</sup>

Alman hukukuna paralel şekilde, İspanyol hukukunda kural olarak özel hukuk tüzel kişilerinin amparo yoluna başvurabilme hakkı bulunmaktadır. Bunun yanında, İspanya Anayasa Mahkemesi meslek örgütlerinin, parlamento gruplarının, sendikaların, üniversitelerin, siyasal partilerin “kendi üyeleri ile ilgili durumlara ilişkin olarak” başvuru hakkının bulunduğunu kabul etmiştir.<sup>26</sup> Yani bu sayılan tüzel kişilikler kendi adlarına değil, üyelerine ilişkin ihlallerden dolayı başvuru hakkına sahiptirler. Kamu tüzel kişileri ise, kural

20 Karaman, op.cit., s.138.

21 Karaman, op.cit., s.128.

22 Örneğin radyo ve televizyon kurumları ve üniversitelerin faaliyetlerini yürütebilmeleri için ifade özgürlüğünün korunması ve ihlali halinde başvuru hakkının saklı tutulması gerekmektedir. Bu sayede üniversitelerin “araştırma ve öğretim özgürlüğü” ve radyo televizyon kanallarının “haberleşme özgürlüğü” korunmuş olacaktır.

23 Karaman, op.cit., s.130.

24 Winfried Hassamer, “Anayasa Şikayeti ve Buna İlişkin Sorunlar (Almanya’da Temel Hak Şikayeti Hakkında Rapor)”, Anayasa Yargısı, S.26, Ankara: AYM, 2009, s.3.

25 Karaman, op.cit., s.138.

26 Esen Arnwine, op.cit., s.102.

olarak, anayasa şikayeti yoluna başvuramamakla birlikte, bazı istisnai hallerde başvuru hakkına sahiptir. Merkezi devlet organları, yargı kararlarına karşı temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği gerekçesi ile başvuru hakkına sahiptir.<sup>27</sup> Örneğin, belediye ve özerk topluluk yönetimi gibi kamu tüzel kişileri bazı hallerde amparo başvurusundan yararlanabilmektedir. Yerel yönetimlerin ise, organlarının temel haklarını korumak amacıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilecekleri kesin olarak kabul görmektedir.

İsviçre hukukunda da tüzel kişilerin anayasa şikayeti yoluna başvuru hakkı kabul edilmekle birlikte; özel hukuk tüzel kişilerinin hangi anayasal haklardan yararlanabilecekleri ve ihlali halinde anayasa şikayetine başvurabilecekleri hususu tartışmalıdır. Doktrin, hangi hakların tüzel kişilerce kullanılabilceğinin ve anayasa şikayeti başvurusuna konu olabileceğinin, ilgili hak ve özgürlüklerin tek tek incelenmesiyle anlaşılabilceğini kabul etmektedir.<sup>28</sup> Örneğin inanç veya vicdan özgürlüğü, evlenme hakkı, basın özgürlüğü ve siyasal haklar özel hukuk tüzel kişileri tarafından icra edilemeyeceklerinden başvuru konusu olamazlar. Buna karşılık, hak ehliyetine sahip olmayan özel hukuk tüzel kişilerinin başvuru hakkı bulunmamaktadır. Yani tüzel kişiliği olmayan özel hukuk kişi toplulukları (örneğin adi şirketler) anayasa şikayeti başvurusu hakkını haiz değildir. Siyasi partiler ve dini kuruluşlar ise başvuru yapabilmektedir.

Tüzel kişilerin başvuru hakkına ilişkin olarak Rusya hukuku çok daha genişletici bir yaklaşım sergilemiştir. Tüzel kişiler arasında kamu hukuku ve özel hukuk tüzel kişileri olarak ayrıma gidilmemiştir. Rusya Anayasa'sına uygun olarak kurulmuş dini cemaatlerin anayasa şikayeti yoluna başvurma hakkı bulunmaktadır. Yine anonim şirketler, dernekler, sınırlı sorumlu şirketler başvuru hakkına sahiptir. Bu tüzel kişiler özel mülkiyet ya da serbest teşebbüs hakları gibi kendileri tarafından kullanılabilen haklar bakımından anayasa şikayeti yoluna başvurabilmektedir. Üçüncü olarak devletin sahip olduğu iktisadi teşebbüsler de anayasa şikayeti yoluna başvurabilir. Bu sayede devlete ait teşebbüsler ile özel teşebbüsler arasında eşitlik sağlanmıştır. Son olarak, yerel bazda birer kişi topluluğu olan yerel yönetim kuruluşları da, özellikle topluca sahip olunan yerinden yönetim hakkını korumak amacıyla, bireysel başvuru hakkından yararlanabilirler. Rusya'daki düzenlemenin bir diğer genişletici özelliği ise, tüzel kişilerin, Anayasa Mahkemesi'ne hem üyelerinin anayasal haklarını korumak amacıyla; hem de topluluğun kendi haklarını korumak amacıyla başvuruda bulunabilmeleridir.<sup>29</sup>

27 İbid., s.102.

28 Karaman, op.cit., s.139.

29 Zorkin, op.cit., s.285.

Avusturya hukukunda ise, tüzel kişilerin anayasa şikayeti yoluna başvuru hakkına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşılık, uygulamada, kamu tüzel kişileri ve özel hukuk tüzel kişilerinin anayasa şikayeti yoluna başvurabilme hakkının bulunduğu kabul edilmektedir. Keza, tüzel kişiler temel hakların niteliği göz önünde bulundurularak bağdaştığı ölçüde bu hakları kullanma hakkını haizdirler. Bunun bir sonucu olarak, bu haklar bakımından tüzel kişilerin başvuru hakkı bulunmaktadır.<sup>30</sup> Münhasıran gerçek kişilere tanınmış olan haklar bakımından ise başvuru hakkı bulunmamaktadır.<sup>31</sup> Ayrıca yerel yönetim birimi olan belediyelerin de, özerk yönetim ilkesi gereği, kendilerine tanınan anayasal hakları savunmak amacıyla anayasa şikayetine başvurma hakkı bulunmaktadır. Bu hak dini kuruluşlara da tanınmaktadır. Buna karşılık, tüzel kişiliği olmayan kuruluşlara başvuru hakkı kural olarak tanınmazken, istisnai hallerde, kanunda açıkça belirtildiğinde, tüzel kişiliği olmayan bazı kurumların da başvuru hakkının olduğu kabul edilmektedir.<sup>32</sup>

## **B. Anayasa Şikayetine Referans Teşkil Eden Haklar ve Düzenlemeler**

Bu çalışmada incelenmiş olan ülkelerdeki anayasa şikayeti yolunda dikkat çekici olan hususlardan bir tanesi de söz konusu ülkelerde, bireysel başvuruya referans teşkil eden hakların katalog olarak sayılıyor olmasıdır. Yani ülkelerin büyük çoğunluğunda tüm anayasal normlar ya da tüm anayasal haklar referans gösterilerek anayasa şikayeti yoluna başvurulmamaktadır. Yalnızca anayasalarda yer alan hak ve özgürlükler öne sürülerek anayasa şikayeti yoluna başvurulabilmektedir. Bunun yanında, tüm anayasal haklar da koruma altına alınmamakta, anayasal hakların içerisinde belli bir kısım temel haklar olarak nitelendirilerek koruma kapsamına alınmaktadır. Hangi hakların temel hak olduğu hususu ise, incelenen ülkelerde farklılık arz etmektedir. Ülkelerin bazıları anayasa şikayeti kapsamında yer alan temel hakların neler olduğunu açıkça belirtmiştir.

Örneğin, Alman Anayasasının 93. maddesine göre, bireysel başvuru yolu, ancak Anayasa'da yer alan haklar için sağlanmış bir denetim mekanizması-

<sup>30</sup> Karaman, op.cit., s.137.

<sup>31</sup> Bu haklar, seyahat hürriyeti, inanç ve kanaat özgürlüğü kamu kurumlarında eşit bir şekilde görev alma hakkıdır.

<sup>32</sup> Örneğin, siyasi partilerin seçmen gruplarının, tüzel kişilikleri olmamasına rağmen anayasa şikayetine başvuru hakkı bulunmaktadır. Buna karşılık adi şirketlerin ve terekenin başvuru ehliyeti bulunmamaktadır.



dır.<sup>33</sup> Temel haklar ve temel haklara özdeş hakların doğrudan ihlal edildiği iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabilmektedir.<sup>34</sup> Anayasanın 93. maddesinin, 4-a fıkrasında yer alanlar dışındaki hak ve özgürlükler bireysel başvuru konusunu oluşturamaz. Federal Anayasa Mahkemesi, AİHS'nin ya da Avrupa Birliği'nin kabul ettiği Temel Haklar Bildirgesi'nin uygulanmasına ilişkin herhangi bir inceleme yetkisine sahip değildir.<sup>35</sup> Bunun yanında, Alman Anayasa Mahkemesi yalnızca Federal Anayasa'da yer alan haklara ilişkin başvuruları kabul etmekte, federe devletlerin anayasalarında yer alan haklar temel haklar kapsamı dışında tutulmaktadır. Ayrıca, Alman Anayasa Mahkemesi, katalog olarak sayılan haklar dışında, temel hak benzeri hakların ihlal edildiği bazı hallerde de başvuruları kabul etmektedir. Yani Mahkeme sadece Anayasada sayılan haklarla sınırlı kalmamaktadır. Temel hak benzeri hakların tespitinde belirleyici olan kriter, insan onuru kavramıdır. Buna karşılık anayasa şikayeti kurumu, objektif anayasa hukukunun ihlalinde, yani yasa- ma sürecindeki yetki ve usul kurallarına aykırılık hallerinde başvurulabilecek bir yol değildir.<sup>36</sup> Belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi başvurusunun istemiyle bağlı değildir. Mahkeme salt başvuruya konu hak bakımından değil, koruma kapsamında sayılan hakların tamamını resen göz önünde bulundurarak karar verir.<sup>37</sup>

33 Alman Anayasasındaki anayasa şikayeti konusu olabilecek olan haklar Anayasanın 1. kısmında yer alan ilk 19 maddedeki haklardan oluşmaktadır. Bu haklar: insan onuru ve haysiyetinin korunması (madde 1), yaşam hakkı, kişiliğin korunması ve kişi özgürlüğü (madde 2), kanun önünde eşitlik (madde 3), din ve vicdan özgürlüğü (madde 4), düşünce, basın özgürlüğü, sanat ve bilim özgürlüğü (madde 5), evlilik, aile ve evlilik dışı çocuklar (madde 6), eğitim hakkı (madde 7), toplanma özgürlüğü (madde 8), dernek kurma özgürlüğü (madde 9), iletişim, posta ve yazışmaların gizliliği (madde 10), seyahat özgürlüğü (madde 11), meslek özgürlüğü ve angarya yasağı (madde 12), askerlik ve diğer hizmetler (madde 12/a), konut dokunulmazlığı (madde 13), mülkiyet ve miras hakları, kamulaştırma (madde 14), devletleştirme (madde 15), vatandaşlıktan çıkarılma, yabancı ülkelere iade (madde 16), sığınma hakkı (madde 16/a), dilekçe hakkı (madde 17), kişi haklarının kanun tarafından askerlik hizmetleri nedeniyle sınırlandırılması ve özü (madde 19) Ayrıca vatandaşlık haklarında eşitlik (madde 33), seçimlerle ilgili hükümler (madde 38), olağanüstü mahkemelerin yasaklanması, kanuni hakim ilkesi (madde 101), savunma hakkı geçmişe etki yasağı, suç ve cezaların kanuniliği ilkesi ve aynı fiil nedeniyle iki kez cezalandırılma yasağı (madde 103) bu kapsamda yer almaktadır (Karaman, op.cit., s.182).

34 Hassemer, op.cit., s.2.

35 Mellinshof, op.cit. s.35.

36 Hassemer, op.cit., s.2.

37 Karaman, op.cit., s.183, dn. 241.



Almanya'daki katalog haklar şeklindeki düzenlemeye paralel bir durum da İspanyol hukukunda yer almaktadır. Buna göre, İspanya Anayasası'nın 53. maddesinin 2. fıkrasına göre, “*Her vatandaş umumi mahkemelerde bir tercihi ve acil muhakeme usulüyle, uygun olursa, bireysel olarak korunma isteğiyle Anayasa Mahkemesine başvurarak 14. maddede ve Bölüm II Kesim I'de tanınan haklar ve özgürlüklerin korunmasını talep edebilir. Ayrıca 30. maddede düzenlenen vicdani ret için de amparo başvurusu yapılabilmektedir.*” Buna karşılık, uluslararası anlaşma hükümlerine dayanarak amparo başvurusu yapılamamaktadır. İspanya hukuku, katalog olarak sayılan ve genellikle kişisel ve siyasal hakları kapsayan haklar grubunun<sup>38</sup> dışında kalan hakları<sup>39</sup>, özellikle sosyal ve ekonomik içerikli hakları, anayasa şikayeti kurumunun kapsamı dışında bırakmıştır. Bu sayede İspanya Anayasası devlete görev yükleyen hakları kapsam dışında tutmuştur.<sup>40</sup> Ancak İspanya Anayasa Mahkemesi, toplu görüşme hakkını sendikal özgürlüğün bir parçası olarak değerlendirmekte ve amparo başvurusunun kapsamına almaktadır.<sup>41</sup> Katalog olarak sayılan hakların dışında kalan haklar, amparo başvurusuna, kural olarak konu olamazken; istisnai hallerde, katalog haklarla ayrılmaz bir şekilde bağlantılı olan diğer haklar da, amparo başvurusuna konu olabilmektedir. Bu durum daha çok sosyal ve ekonomik haklar için geçerlidir. Bu da İspanya Anayasa Mahkemesi'nin amparo başvurusu yapılabilecek hakların kapsamını genişletme eğiliminde olduğunu göstermektedir.

38 İspanya Anayasası'nda amparo başvurusu ile güvence altına alınan haklar şu şekilde sınırlanabilir: eşitlik, ırk, cinsiyet, din, düşünce ya da başka sebeplerle ayırım yasağı, yaşama hakkı, maddi ve manevi varlığın bütünlüğü, işkence ve kötü muamele yasağı, düşünce, inanç ve ibadet özgürlüğü, kişi güvenliği, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı, haberleşme özgürlüğü, bilgi edinme hakkı, yerleşme ve seyahat özgürlüğü, ülke dışına çıkma ve ülkeye serbestçe girme hakkı, bilim ve sanat özgürlüğü, ifade özgürlüğü, toplantı ve gösteri özgürlüğü, dernek kurma özgürlüğü, seçme ve seçilme hakkı, kamu hizmetine girme hakkı, hak arama özgürlüğü, kanuni hakim güvencesi, savunma hakkı, kendisine yöneltilen ithamlar hakkında bilgi alma hakkı, ifade vermeye zorlanamama hakkı, masumiyet karinesi, suç ve cezaların kanuniliği ilkesi, eğitim hakkı, araştırma özgürlüğü, üniversite özerkliği, sendika ve grev hakkı, bireysel ve toplu dilekçe hakkı, vicdani ret hakkı. (Baamonde, op.cit., s.102)

39 Özel mülkiyet hakkı (madde 33), vakıf kurma hakkı (madde 34), çalışma hakkı ve özgürlüğü (madde 35), toplu iş görüşmesi yapma hakkı (madde 37), girişim özgürlüğü (madde 38) dışarda tutulan haklara örnek olarak gösterilebilir (Esen Arnwine, op.cit., s.100).

40 Bu haklar ailenin hukuki, sosyal, ve ekonomik olarak korunmasını güvenceye alma hakkı (madde 39), herkesin kişiliğini geliştirmeye elverişli bir çevreden yararlanma hakkı ve bunu koruma ödevi (madde 45), insan haysiyetine yaraşır bir konutta yaşama hakkı ve kamu güçlerinin gerekli koşulları harekete geçirmesi ile ilgili yasal düzenlemeleri yapması (madde 47), tüketicilerin korunması (madde 51)dir (Esen Arnwine, op.cit., s.101).

41 Esen Arnwine, op.cit., s.101.

Anayasa şikayeti yolunun en tipik ve etkili olduğu iki ülke olan İspanya ve Almanya'daki düzenlemeden farklı olarak, bu çalışmada inceleme konusu olan ülkelerin bir kısmında bireysel başvuru yoluna referans teşkil edebilecek haklar daha geniş kapsamlı tutulmuştur. Bu ülkelerde tüm anayasal haklar, hatta anayasada yer alan hakların dışında, ulusal veya uluslararası mevzuattan kaynaklanan haklar da kapsam içine alınmıştır. Örneğin, Polonya'da bireysel başvuru yolunu düzenleyen Anayasa'nın 79. maddesinde, Anayasa'da yer alan tüm haklar, ihlalleri halinde bireysel başvuruya konu olabilecek haklar olarak nitelendirilmiştir. Buna karşılık, Anayasa'nın 56. maddesinde yabancılara tanınan sığınma hakkı bakımından bireysel başvuru yapılamayacağı düzenlenmiştir. Yine, Rus hukukuna göre, yurttaşların bütün anayasal hakları, hiçbir istisna gözetilmeksizin, koruma kapsamı içine alınmaktadır. Bunun sonucu olarak, yurttaşlar anayasada yer alan hakların yanı sıra, Anayasa Mahkemesince tanınan diğer temel hakların da korunması istemiyle anayasa şikayeti yoluna başvurabilir. Örneğin, Rusya Anayasa Mahkemesi bir kararında, yerel yerinden yönetimin, yurttaşların coğrafi bazda sahip olduğu bir topluluk hakkı olduğunu tespit ettikten sonra, yerel yerinden yönetim hakkının korunması istemiyle başvuru yolunun kullanılabileceği sonucuna varmıştır.<sup>42</sup> Düzenleme daha da ileri giderek, uluslararası mevzuattan kaynaklanan bazı hakları da bireysel başvuru kapsamına almıştır. Rusya Anayasası'nın 15 ve 17. maddelerine göre, uluslararası sözleşme ile kanun arasında çatışma olması halinde, Rusya'nın taraf olduğu uluslararası sözleşmeler de Rus hukuk sisteminin bir parçası olarak kabul edilmektedir. Yani, Anayasa Mahkemesi'nin görevini yerine getirirken kullanacağı ölçü normlardan biri de, uluslararası hukukun genel kabul gören ilkeleri ve kurallarıdır. Nitekim, Anayasa Mahkemesi içtihatlarında bu yönde bir yaklaşım sergilemiştir. Örneğin, Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu her üç karardan birinde, AİHS'ye atıf yapmış olup 44 davada doğrudan AİHM kararlarını dikkate alarak karar vermiştir.<sup>43</sup> Bazı hallerde, uluslararası hukukta tanınan haklar ile Rusya Federasyonu'nun tanıdığı hak ve özgürlükler örtüşebilmektedir. Böyle bir durumun varlığı halinde, daha yüksek standardı öngören düzenleme dikkate alınmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bu tutumu N15-P sayılı ve 30 Kasım 2000 tarihli yerel yönetimlerce alınan kararların denetimi hususundaki kararda ortaya konmaktadır.<sup>44</sup>

---

42 Zorkin, op.cit., s.285.

43 Zorkin, op.cit., s.290.

44 Zorkin, op.cit., s.291.

Rusya düzenlemesinde olduğu gibi, bireysel başvuruya referans teşkil edebilecek haklar bakımından, İsviçre hukuku da uluslararası mevzuattan kaynaklanan hakları kapsam içine almıştır. Nitekim İsviçre hukukunda bireysel başvuruya referans teşkil eden anayasal haklar, katalog olarak düzenlenmemektedir. İsviçre Federal Mahkeme Kanunu'nun 95. maddesine göre, Federal Anayasa'da yer alan temel haklar, uluslararası hukukun güvence altına aldığı haklar, kanton devletlerin anayasalarına göre anayasal haklar anayasa şikayetine konu olabilmektedir. İsviçre doktrini ve yargısı, temel haklardan bazılarına dair aykırılıkların, anayasa şikayeti için öngörülen kanuni sürede başvuruya konu olması gerektiğini kabul ederken; bazı hakların zaman aşımına uğramaz haklar<sup>45</sup> olduğunu kabul etmiştir.<sup>46</sup> İsviçre'de, anayasal hakların tespitinde Federal Mahkeme'nin yargısal kararları önemli yer tutmaktadır. Federal Mahkeme, Federal Anayasa ve kanton anayasalarında yer alan temel haklar ile AİHS'de belirlenmiş olan temel hakları anayasal hak olarak değerlendirip koruma altına almaktadır.

Anayasa şikayeti yoluyla Anayasa Mahkemesine başvuru yolu bakımından tamamen özgün bir yapıya sahip olan Avusturya'da, güvence altına alınan haklar, yalnızca 1920 tarihli Federal Anayasa'da yer almamakta, hakların büyük bir çoğunluğu Anayasa değerindeki yasalarda bulunmaktadır. Ayrıca, yasaların anayasal nitelik taşıyan hükümlerinde ve uluslararası antlaşmalarda yer alan haklar da koruma kapsamında bulunmaktadır.<sup>47</sup> Avusturya Anayasası temel hakları, bireyin özgürlüğünü devlete karşı koruyan haklar ile devlet iradesinin oluşumuna bireylerin katılabilmesini sağlayan haklar olarak tanımlamaktadır.<sup>48</sup> Buna göre, referans haklar, yürürlüğe girmiş ve anayasal

45 Zaman aşımına uğramayan haklar; kişisel özgürlük, inanç ve vicdan özgürlüğü, yerleşme özgürlüğü, evlenme özgürlüğü, borç ilişkilerinde hapis yasağı ve bedensel ceza yasağıdır (Karaman, op.cit., s.190).

46 İbid., s.190.

47 Haller, op.cit., s.4.

48 Avusturya hukuk sisteminde anayasa şikayeti başvurusuna konu olabilecek temel haklar, eşitlik ilkesi, kamu hizmetlerine eşit girebilme hakkı, kişinin ve malların serbest dolaşımı hakkı, yerleşim özgürlüğü, ülkeye giriş ve ülkeden çıkış özgürlüğü, mülkiyet hakkı, kölelik yasağı, çalışma özgürlüğü, kişi özgürlüğünün korunması, yasal hakim önünde yargılanma hakkı, yerleşim özgürlüğü, velayet hakkının dokunulmazlığı, mektup ve haberleşmenin gizliliğinin korunması, dilekçe hakkı, dernek ve toplantı özgürlüğü, düşünce ve basın özgürlüğü, sansür yasağı, inanç ve vicdan özgürlüğü, eğitim ve öğretim özgürlüğü, sanat özgürlüğü, meslek seçimi özgürlüğü, azınlık hakları, yaşam hakkı, kişisel verilerin korunması hakkı, adil yargılanma hakkı, özel yaşam ve aile yaşamının korunması hakkı, seçme ve seçilme hakkı, konut dokunulmazlığı, savunma hizmetinde bulunmama hakkı (vicdani ret), zorla çalıştırma ve angarya yasağı, suç ve cezada kanunilik, iletişim özgürlüğü, evlenme

değere sahip olan uluslararası kaynaklara (daha çok sözleşmeler olmak üzere) da dayanabilir. Bu kaynaklar bakımından en tipik örnek AIHS'dir. Anayasal değerde olan haklar ise, kamu otoritelerince ihlal edildiği takdirde, hakların yeniden tesisinin veya uğranılan zararın devletten istenebildiği haklardır. Buna karşılık, sosyal ve ekonomik haklar devlete ödev ve yükümlülük getiren haklardır. Bunlar Avusturya Anayasasında yer almamakta olup, anayasa şikayetininde kapsamında bulunmamaktadır.<sup>49</sup>

İkinci başvuru tipi olan ve norm denetimi sağlayan bireysel başvuru yolunda, federal kanunların Anayasa'ya uygunluk denetiminde ölçü norm federal anayasa hukukudur. Eyalet kanunlarının denetiminde ise, federal anayasa hukuku ile eyalet anayasa hukuku normları ölçü norm olarak uygulanacaktır. Buna karşılık, Avrupa Birliği'nin topluluk hukuku normları ölçü norm olarak kullanılamayacaktır.<sup>50</sup>

Venedik Komisyonu, anayasa mahkemelerinin genellikle anayasada yer alan tüm haklar bakımından anayasaya uygunluk denetimi için yetkili olmadığını tespit ederek, bu şekilde kapsam dışı kalan hakların program niteliğinde haklar olarak kalmalarını ve bu sebeple bireylere bu türdeki haklarının ihlali halinde işletilebilecek bir mekanizma bulunmamasını eleştirmiştir. Avusturya, Portekiz<sup>51</sup> gibi bazı ülkelerdeki temel hakların insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalara göre yorumlanması yönündeki uygulamaları ise isabetli bulmuştur. Venedik Komisyonu'na göre bir hakkın korunması için anayasada düzenlenmesine gerek yoktur; önemli olan yargısal yorum ve hukuk yaratma faaliyeti ile bu hakların "keşfedilebilir" olmasıdır. Nitekim, Komisyon, 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'ne ve 1946 Anayasasının girişine anayasal bir değer atfederek korunan haklar çerçevesini genişleten Fransız Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımının bu bakımdan önemli olduğunu ifade etmiştir.

---

hakkı, insan hakları sözleşmelerinde bulunan hakların ihlali halinde ulusal makamlara başvuru hakkı, uluslararası mercilere sözleşmelere dayanılarak başvuruda bulunabilme hakkı (Haller, op.cit., s.5, 6).

49 İbid., s.6.

50 Holzinger, op.cit, s.68.

51 Portekiz Anayasası'nın 16. maddesinde, anayasa hükümlerinin İnsan Hakları Evrensel Beyannamesine göre yorumlanacağı belirtilmiştir (Venedik Komisyonu, Study No: 538/2009, dn: 106).

### C. Anayasa Şikayeti Konusu Yapılabilecek İşlemler

Anayasa şikayeti yolunun hangi kamu gücü işlemlerine karşı yapılabileceği, bu çalışmada inceleme konusu olan ülkelerde üzerinde görüş birliğinin bulunmadığı, tartışmalı bir husustur. Her ne kadar kamu gücünün işlemlerine karşı anayasa şikayeti yapılabileceği kabul edilmiş olsa da; kamu gücünün işlemleri kavramının iinin ne şekilde doldurulacağı hususunda ülkelerin farklı yaklaşımları bulunmaktadır. Nitekim, kamu gücü işlemlerinden yasama, yürütme ve yargı işlemleri anlaşılmaktadır. İncelenen ülkelerin bir kısmı, her bir kamu gücü işlemini açısından anayasa şikayeti yolunu kabul ederken; diğerleri kamu gücü işlemleri arasında ayrıma gitmiş ve bazı kamu gücü işlemlerini (örneğin yasama işlemlerini) anayasa şikayeti denetiminin dışında bırakmıştır. Bir diğer ayrım ise, denetlenen olan işlemin niteliğine ilişkindir. Bu çalışmada inceleme konusu olan ülkelerin bir kısmında temel hak ihlaline neden olan normların somut olayda uygulanması halinde başvuru imkanı (norm denetimi) söz konusu iken, diğer ülkelerde somut olaydaki normun temel hak ihlali yaratıp yaratmadığına bakılmaksızın, normun uygulanması sonucu hak ihlali oluşması halinde başvuru imkanı bulunmaktadır. Bu sayede, anayasaya uygun olan normun anayasaya aykırı olarak uygulanması halinde oluşabilecek olası hak ihlallerini önlemek amaçlanmaktadır. Bu ikinci halde hem uygulanan normun kendisi, hem de normun somut olaydaki uygulanması denetlenmektedir. Örneğin; Alman hukukunda Anayasa'da yer alan temel haklara ilişkin aykırılıklar, Anayasa'ya aykırı bir yasaya dayanabileceği gibi; Anayasa'ya uygun olan bir yasanın Anayasa'ya aykırı bir yorumundan veya uygulamasından da kaynaklanabilmektedir. Yani normun yürütme tarafından yanlış uygulanması hallerinde de anayasa şikayeti başvurusu yapılabilmektedir.

Alman hukukunda kamu gücü kavramından, devletin yasama, yürütme ve yargı organlarının işlemleri anlaşılmaktadır. Bunun yanında, devletin kimi egemenlik haklarını devrettiği ulus üstü kurumların işlemlerine karşı da anayasa şikayeti yoluna gidilebilmektedir.<sup>52</sup> İspanya hukukunda yer alan amparo başvurusu, kamu güçlerinin işlemlerinden, ihmallerinden ya da eylemlerinden kaynaklanan temel hak ihlallerine karşı öngörölmüş bir yoldur.<sup>53</sup>

52 Mellinohof, op.cit., s.36.

53 İspanya hukukuna göre, amparo başvurusuna yasama, yürütme, yargı organlarının işlem, eylem, ihmal ve kararlarına karşı başvurulabilmektedir. İspanya Anayasa Mahkemesi Hakkında Organik Kanun'un (LOTG) 41/2 hükmüne göre, amparo başvurusuna konu edilebilecek işlem ve eylemlerin, kamu güçleri tarafından yerine getirilmesi gerekmektedir. Kamu güçleri ibaresinden anlaşılması gereken ise, devletin, özerk toplulukların kamu güçleri ve aynı zamanda kamu yönetimi içinde yer alan teritoryal, korporatif ya da kamusal nitelikli diğer kamu birimleridir (Karaman, op.cit., s.217).

Kamu güçleri ifadesinden anlaşılması gereken; devlet, özerk bölgeler, diğer yerel hizmetsel ya da mesleki yerinden yönetim kuruluşlarıdır.<sup>54</sup> Söz konusu kurumlarda çalışan ve kamu gücünü kullanan memurlar da kamu gücü kavramı içinde yer almaktadır. Buna karşılık, Avrupa Birliği de dahil olmak üzere, yabancı bir devletin ya da uluslararası otoritenin temel hak ihlali yaratan işlemlerine karşı anayasa şikayeti yoluna başvurulması mümkün değildir. İsviçre hukukunda yer alan, 1943 tarihli Federal Hukukun Düzenlenmesine Dair Federal Kanun'un madde 84-a düzenlemesine göre, yurttaşların anayasal haklarının ihlali halinde "kanton" işlemlerine ya da kararlarına karşı Federal Mahkeme'ye başvurabilmeleri mümkündür. İsviçre'de anayasa şikayeti yalnızca kanton düzeyindeki kamu hukuku işlemlerine karşı başvurulabilen bir kanun yoludur, federal işlemler kapsam dışında bırakılmıştır.<sup>55</sup> Ancak dava konusu kanton işleminin federal hukuka mı ya da kanton hukukuna mı dayandığı önemli değildir. Yasada sözü edilen "işlem" ibaresinden, *genel*, *soyut* düzenlemeler, kararlar ve bireysel uygulama işlemleri anlaşılmaktadır.<sup>56</sup>

Yasama organı tarafından yapılan işlemlere karşı anayasa şikayeti yoluna gidebilmek Alman hukuku bakımından mümkündür. Başvurucu kendisine ait temel hakkının, başvuru konusu olan kanun hükmü ile doğrudan ve güncel olarak ihlal edilmesi halinde, söz konusu kanun hükmüne karşı anayasa şikayeti yoluna gidilebilir.<sup>57</sup> Böyle bir durumda, başvuru, bahsedilen kanun hükmünün bireysel bir işlemle kendisine uygulanmasına gerek olmaksızın, doğrudan kanun hükmüne karşı başvuruda bulunabilecektir. Böyle bir başvurunun yapılabilmesi için, başvurunun temel hakkına yönelik saldırının güncel ve mevcut olması gerekir.<sup>58</sup> Ancak Mahkeme, başvurunun davaya konu ettiği kanun hükmünün, temel hakkına yönelik olarak tehdit yaratma ihtimalinin yüksek olması halinde de; başvuruları kabul etmektedir. Yani güncel olmamakla birlikte, gerçekleşmesi muhakkak olan ihlallere karşı da

54 Baamonde, op.cit., s.103.

55 İsviçre hukuk sistemindeki anayasa şikayetinin koruma kapsamının federal işlemlerin kapsam dışı olması, temel haklar arasında nitelik açısından ayırım yapılması ve yasaların anayasa şikayetinin konusu olması nedeniyle Almanya'dakinden daha sınırlı olduğu görülmektedir. (Ece Göztepe, Anayasa Şikayeti, Ankara: AÜHF, 1998, s.31)

56 Örneğin, ara kararlar, icrai işlemler, idarenin ihmali ya da hiç işlem yapmaması, tek ya da az miktarda parseli ilgilendiren imar planları işlem kapsamına girmekte olup bu işlemler hakkında anayasa şikayeti başvurusunda bulunulabilmektedir (Göztepe, op.cit., s.31).

57 Hassemer, op.cit., s.3

58 Bu durum gizli istihbarat örgütüne belli olaylarda şüpheden bağımsız olarak yurt dışı ile yapılacak olan telefon görüşmelerini dinleme yetkisi veren bir kanun açısından kabul görmüştür. (Haasamer, op.cit., s.3)

başvuruda bulunabilmek mümkündür.<sup>59</sup> Bunun yanında, kanun hükümlerine karşı doğrudan başvuru yolunun kullanılabilmesi için ikinci şart, söz konusu kanun hükmünün herhangi bir uygulama işlemi ya da bireysel işleme gerek duyulmaksızın, başvurusunun temel haklarında ihlale neden olmasıdır. Eğer ihlale yol açan kanun hükmünün bireylerin temel hakları üzerinde ihlale yol açabilmesi için idarenin bir işleminin yapılması gerekli ise, bu durumda öncelikle bireysel işlemin yapılmasının beklenmesi, daha sonra bu işleme karşı olağan kanun yolları tüketildikten sonra anayasa şikayetine başvurulması gerekmektedir. İspanya hukukunda ise, genel düzenleyici nitelikli idari işlemler ve kanun niteliğindeki genel işlemler hakkında amparo başvurusunda bulunulabilmektedir. Bunun yanında merkezi yasama organı olan çift meclisli Cortes’ler veya onların organlarıncı kabul edilen, ancak kanun değerinde olmayan işlemlere, özerk toplulukların yasama meclislerince veya onların organları tarafından yapılan ve kanun değerinde olmayan işlemlere<sup>60</sup>, hükümet ve onun birimlerindeki görevlilerin ya da özerk kurumların yürütme organlarının yaptıkları hukuki işlemlere ve eylemlere karşı amparo başvurusunda bulunulabilir.<sup>61</sup> Buna karşılık, İspanya’da, temel hak ve özgürlükleri ihlal eden kanun hükümlerine karşı anayasa şikayeti yoluna başvurma hakkı bulunmamaktadır. Bu işlemlerin bireylere kendiliğinden uygulanabilir veya güncel olup olmamasının önemi bulunmamaktadır. Merkezi parlamento ve özerk topluluk meclislerinin “Yasa” adı altındaki veya yasa ile eşdeğer işlemlerinin amparo başvurusuna konu olması mümkün değildir. Bu nedenle, söz konusu temel hak ihlaline neden olan kanunlara karşı, ancak klasik iptal ve itiraz yollarına başvurulabilmektedir.<sup>62</sup>Buna karşılık kanunların uygulama işlemleri ile uygulanmasının ihmali ya da kamu gücünün eylemleri amparo başvurusunun konusunu oluşturabilmektedir.<sup>63</sup>

59 Karaman, op.cit., s.203.

60 İspanya’da Cortes Generales’in ya da onun organlarının, özerk toplulukların yasama meclislerinin ya da bunların başkanlık divanı veya diğer organlarının “yasa niteliğinde olmayan”, “kesinleşmiş” kararlarına ya da işlemlerine karşı, “temel hak ve özgürlüklerin ihlalinin söz konusu olması halinde” amparo başvurusunda bulunulabilir. Buna karşılık bu yasama meclislerinde ya da organlarında üye olarak görev yapan kimselerin tek başına yaptıkları işlem ve kararlara karşı amparo başvurusunda bulunulması mümkün değildir ( Esen Arnwine, op.cit., s.102).

61 Esen Arnwine, op.cit., s.102.

62 Baamonde, op.cit., s.103.

63 Baamonde, op.cit., s.103.



Anayasa şikayeti konusu yapılabilecek yasama işlemlerini Rusya Anayasa Mahkemesi genişletici yorum doğrultusunda ele almıştır. Bu nedenle, Rusya'da yasama organı tarafından yapılan işlemlerin büyük bir kısmının anayasa şikayetine konu olabildiğini belirtmek yerinde olacaktır. Anayasa Mahkemesinin N3-P sayılı ve 21 Mart 2007 tarihli kararına göre, sadece olağan kanunlar değil; anayasa değerindeki kanunlar da bireysel başvuruya konu olabilir.<sup>64</sup> İkinci olarak, Rusya Federasyonu'na üye olan devletlerin ve bölgesel yönetimlerin anayasaları ve kanunları da, yurttaşların anayasal hak ve özgürlüklerini ihlal eden hükümlere yer vermeleri halinde, anayasa şikayetine konu edilebilir. Ayrıca, 1993 Anayasasından önceki dönemde yani SSCB dönemlerinde yapıp da Rusya Federasyonunda uygulaması halen sürdürülen kanunlara karşı anayasa şikayeti yoluna gidilebilir. Yine, kanun şeklinde yapılmayan kimi işlemlerin de başvuru konusu olabileceği kabul edilmektedir.<sup>65</sup> Son olarak, federal kanunla doğrudan bağlantılı yürütme işlemlerine karşı da bireysel başvuru yapılması mümkündür.<sup>66</sup> Kanunla doğrudan bağlantılı yürütme işlemi hakkında anayasa şikayeti yoluna başvurabilmek için iki şartın bir arada bulunması gerekir: kanunla yürütme işlemi arasında doğrudan bağlantının olması ve her iki işlemin de dava konusu olayda bir arada uygulanması gerekmektedir.

İncelenen diğer ülkelerden büyük ölçüde farklılıklar taşıyan Avusturya hukukunda kural olarak, yalnızca idarenin bireysel işlemlerine karşı, anayasa şikayeti başvurusu yapılabilmekte iken, aşağıda ayrıca açıklanacağı üzere, 1975 yılında yapılan anayasa değişikliği sonucunda kişilere, idarenin herhangi bir uygulama işlemine/bireysel işleme gerek olmaksızın, bireye doğrudan uygulanan ve onun temel haklarında ihlale neden olan genel düzenleyici işlemlere karşı da (kanun veya idarenin genel düzenleyici işlemi) başvuru hakkı tanınmıştır. Bireysel başvuru yolu olarak adlandırılan bu başvuru yolu, Avus-

64 Zorkin, op.cit., s.286.

65 Anayasa Mahkemesinin N11-P sayılı ve 5 Temmuz 2001 tarihli kararında Anayasa Mahkemesi verilen af kararına karşı yapılan başvuruyu incelemeyi kabul etmiştir. Bu da göstermektedir ki Anayasa Mahkemesi af kararını maddi anlamda kanun hükmünde sayarak denetim kapsamına almıştır (Zorkin, op.cit., s.286).

66 Rusya Anayasa Mahkemesi N1-P sayılı ve 27 Ocak 2004 tarihli kararıyla Federal Kanuna ve bu kanunla doğrudan bağlantılı yürütme işlemine karşı birlikte açılan davayı görmeyi kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesi doğrudan bağın bulunmadığını tespit ederse işlemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi için Rusya Yüksek Mahkemesine başvuruyu gönderir. Nitekim Anayasa Mahkemesi bu durumu N48 sayılı ve 29 Kasım 2007 tarihli kararında da kabul etmiştir (İbid., s.286).



turya Anayasası'nın 139 ve 140. maddelerinde düzenlenmiştir.<sup>67</sup> Bu başvuru yolu, Anayasa Mahkemesi'ne, kanunların Anayasa'ya uygunluğunu ve düzenleyici işlemlerin kanunlara uygunluğunu denetleme imkanı vermektedir. Bu yola norm denetimi de denmektedir. Kanunların anayasaya uygunluk denetimi ve düzenleyici işlemlerin kanunlara uygunluk denetimi aynı esas ve usullere tabidir.<sup>68</sup>

Yürütme organları ve idare tarafından yapılan işlemler ve alınan kararlar, İspanya hukukunda amparo başvurusuna konu olabilmektedir. Merkezi hükümet ya da özerk toplulukların yürütme organlarının veya bunlara bağlı organların ya da memurları ile görevlilerinin yapmış olduğu işlemlerin, bir temel hak veya özgürlüğü ihlal etmesi halinde amparo yoluna başvurulabilecektir.<sup>69</sup> Bunun sonucu olarak, bu kurumların almış oldukları kararlar ve yaptıkları işlemler (yönetmelik, genelge gibi normatif işlemler de dahil olmak üzere) amparo başvurusuna konu olmaktadır. Yürütme organının yapmış olduğu, temel hak ihlali yaratan idari işlemler, Avusturya'daki bireysel başvuru yolunun esasını oluşturmaktadır. Nitekim Avusturya hukuku açısından anayasa şikayeti yolu, Özel İdare Mahkemesine başvurusu niteliği taşımaktadır.<sup>70</sup>

67 Avusturya hukukunda yer alan bireysel başvuru yolunda kanunların Anayasa'ya uygunluğunun denetiminin kapsamında Federal kanunlar ve eyalet kanunları ile federal parlamentonun ya da eyalet parlamentolarının kanun şeklinde yaptıkları işlemler denetlenmektedir. Bu kanunların Anayasa'ya uygunluk denetimine tabi tutulabilmeleri için yürürlüğe girmiş olmaları gerekmektedir (Holzinger, op.cit., s.67).

68 Holzinger, op.cit., s.67.

69 Merkezi devlet kuruluşları, özerk topluluk yönetimleri, belediyeler, sosyal güvenlik kurumları ve kamuya ait şirketlerin yönetim organları ile kamu kurumu niteliğinde olan İspanyol Radyo Televizyon Kurumu gibi kurum ve kuruluşlar yürütme organı olarak kabul edilmektedir (Karaman, op.cit., s.210).

70 Avusturya anayasa yargısının ilk halinde, hukuka aykırı genel normun iptaline yönelik olarak, yalnızca normun uygulandığı bireysel idari işleme karşı yapılan başvuru sonucunda inceleme yapılması mümkündü. Yani genel normun Anayasa'ya aykırılığı hususu yalnızca bireysel işleme yönelik olarak anayasa şikayetine başvuru sırasında gündeme gelebiliyordu. Bunun sonucunda, bireysel idari işlemlerin uygulanmasına gerek olmayıp, genel normların doğrudan bireylerin haklarını ihlal etmesi halinde, anayasa yargısında boşluk bulunmaktaydı. Zira bu hallerde, bireye yönelik bir uygulama işlemi olmadığından anayasa şikayeti yoluna gidilemeyecekti. Bu boşluğun giderilmesi için 1975 yılında Avusturya Anayasası'nda değişiklik yapılmıştır. Böylece, arada herhangi bir uygulama işlemi olmaksızın doğrudan genel normlara karşı başvuru hakkı bireylere tanınmıştır. Bu yeni düzenleme, bir kanunun anayasaya aykırı olmasından dolayı doğrudan doğruya zarar gördüğünü iddia eden kişiler için anayasa şikayeti yolunu açmıştır. Ancak bu yolun kullanılabilmesi için söz konusu kanun hükmünün herhangi bir mahkeme kararına ya da idari işleme gerek duyulmaksızın bireye doğrudan uygulanabiliyor olması gerekmektedir.



sa Mahkemesi yalnızca hukuka aykırılığı iddia edilen normun Anayasa'ya uygunluğunu denetleyecektir. Bu durumda, söz konusu norm hukuka aykırı bulunursa, iptal prosedürü uygulanabilecektir. Ancak Mahkeme bu halde, başvuru Anayasa ile güvence altına alınan bir temel hakkının ihlal edilip edilmediği hususuna bakmamaktadır. Buna karşılık, idari işleme esas teşkil eden normun idare tarafından uygulanmasına ilişkin olarak başvuru söz konusu olursa, bu durumda Anayasa Mahkemesi hem işleme esas teşkil eden normun hukuka uygunluğunu hem de idari işlemin uygulanışının hukuka uygunluğunu denetleyecektir.<sup>75</sup>

Yargı organlarının kararlarına ve ihmallerine karşı, anayasa şikayeti başvurusu yapılması Alman hukukunda mümkündür. Nitekim Alman hukuku, anayasa şikayeti yolunu, Anayasa'da öngörülen somut norm denetimi (itiraz yolu) yanında ek bir güvence olarak benimsemiştir. Bu durum özellikle davanın taraflarını davanın doğal hakiminden mahrum bıraktığı gerekçesi ile eleştirilmektedir.<sup>76</sup> Öte yandan, temel hak veya özgürlüğü ihlal eden bir işlem ya da eylem Anayasa'ya aykırı bir kanuna dayanmakta ise, bu idari işlemin ya da eylemin iptali için başvuru yargı organının, ilgili tarafın talebine rağmen somut norm denetimine (itiraz yoluna) başvurması halinde, yargı organının bu ihmali hareketi sonucunda ilgilinin temel hak ve özgürlüklerinin yeterince korunamaması sorunu gündeme gelecektir. Bu nedenle, Alman hukuku, temel hakların mahkeme kararı ile ihlali halinde, anayasa şikayeti yolunu açık tutmaktadır. Mahkeme kararıyla ihlal kavramından anlaşılması gereken, temel hak ve özgürlüklere uygun olan bir kanunun veya düzenleyici işlemin, temel hak ve özgürlüklere aykırı olarak yorumlanması ya da temel hak ve özgürlüklerin yargılama süreci sırasında ihlal edilmesidir.<sup>77</sup> Ayrıca, anayasa şikayeti yolunun yalnızca mahkeme kararının içeriği yönünden değil, kararın verildiği yargılama sürecinde meydana gelen temel hak ihlalleri açısından da kullanılabilmesi kabul edilmektedir.<sup>78</sup> Alman hukuku yalnızca genel mahkemelerin değil, özel mahkemelerin de temel haklara ilişkin ihlale sebebiyet verebileceklerini; bu nedenle bu mahkemelerin kararlarına karşı da anayasa şikayeti yoluna gidilebilmesi gerektiğini kabul etmektedir.

<sup>75</sup> Holzinger, op.cit., s.63.

<sup>76</sup> Karaman, op.cit., s.216.

<sup>77</sup> Karaman, op.cit., s.206.

<sup>78</sup> Bu duruma örnek olarak adil yargılanma hakkına ilişkin ihlaller, özellikle hakim karşısında dinlenme hakkına riayet edilmemesi gösterilebilmektedir (Hassemer, op.cit., s.6.).

LOTÇ madde 44'e göre, İspanya'da yargı erkinin kararları amparo başvurusunun konusu olmaktadır. Yargı organının bir kararı veya ihmali sonucunda, ilgilinin amparo başvurusuna konu olabilecek bir hak veya özgürlüğünün doğrudan ve güncel olarak ihlal edilmesi halinde amparo yolu açıktır. Yargı kararının, başka bir karar ya da işleme gerek olmaksızın, başvurusunun temel hakkını ihlal ediyor olması gerekmektedir. Güncellik şartı için, ilgili yargı kararı sonucunda ihlalin hemen doğması veya çok yakında doğabilecek olması gerekmektedir. Son olarak, yargı kararından kaynaklanan ihlalin başka bir yargı yoluyla düzeltilme olanağının bulunmaması da aranmaktadır. Aksi halde, bu yol tüketilmedikçe amparo yoluna başvurulamayacaktır. Yine, İspanya'da seçim yargısına ilişkin<sup>79</sup> kararlar da amparo başvurusuna konu olabilmektedir.<sup>80</sup> Almanya'daki anayasa şikayeti ve İspanya'daki amparo yolu esas olarak kamu gücünden kaynaklanan doğrudan hak ihlallerine karşı koruma sağlamakla birlikte; bazı hallerde özel kişilerden kaynaklanan hak ihlallerine karşı da koruma sağlamaktadır.<sup>81</sup> Bu durum temel hakların yatay etkisinden kaynaklanmaktadır.<sup>82</sup> Nitekim, yargı organlarının özel kişilerden kaynaklanan temel hak ihlallerini giderememesi halinde, hak ihlali amparo başvurusu sayesinde Anayasa Mahkemesi tarafından ortadan kaldırılabilir.<sup>83</sup>

Avusturya hukukunda ise, yargı kararlarına karşı anayasa şikayeti başvurusunda bulunmak mümkün değildir. Avusturya doktrininde hukuki korumanın olağan kanun yolları ile sağlanacağı kabul edilmektedir. Yüksek mahkemelerin kararları Anayasa Mahkemesi'nce yargılanamaz.<sup>84</sup> Avustur-

79 Seçimlere veya seçim sonuçlarına, adaylar ve aday listelerine ilişkin olarak yapılan itirazlardan olumlu sonuç alınmaması halinde amparo başvurusu yapılması mümkündür. Ayrıca siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin mahkeme kararları da amparo başvurusunun konusunu oluşturabilmektedir (Karaman, op.cit., s.217).

80 Esen Arnwine, op.cit., s.103.

81 Özel kişilerden kaynaklandığı halde Anayasa Mahkemesi'nce giderilen hak ve ihlallerin başlıcaları; özel hayatın gizliliği, ifade özgürlüğü, bilgi edinme hakkı ve çalışma hayatına ilişkin haklardır (Baamonde, op.cit., s.103).

82 Baamonde, op.cit., s.103.

83 İbid., s.103.

84 Buna karşılık, davanın taraflarının doğal hakim önünde ve olağan kanun yollarında uygulanan kanun hükmünün anayasaya aykırılığını veya yönetmeliğin kanuna aykırılığını ileri sürme hakkı bulunmaktadır. Böyle durumlarda olağan kanun yollarında davaya bakmakta olan mahkeme, normun incelenmesi için Anayasa Mahkemesi'ne başvuracaktır. Bu durum bizim hukukumuzdaki itiraz yoluna benzer bir prosedür yaratmaktadır. Ancak bu sayılan halde dahi bireyin kendisinin değil, davaya bakmakta olan mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne başvurma hakkı bulunmaktadır (Holzinger, op.cit., s.63).

ya hukukunda, yargı kararlarına karşı anayasa şikayeti başvurusunun önünü kapatan kuralın istisnası, iltica mahkemesi kararlarıdır. İltica Mahkemeleri, 2008 yılında yapılan kanuni düzenlemeyle, iltica hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların çözümü için kurulmuştur. Düzenlemeye göre, iltica mahkemesinin kararlarına karşı Danıştay yolu kapalıdır. Buna karşılık, iltica mahkemesi kararlarına karşı anayasa şikayeti yolu açıktır.<sup>85</sup>

Venedik Komisyonu, anayasa şikayeti başvurusuna konu olabilecek işlemler bakımından normatif işlemler ve bireysel işlemler ayırımını yapmıştır.<sup>86</sup> Komisyon; yalnızca normatif işlemlerin temel hakları doğrudan ihlal ettiği iddiası ile anayasa mahkemesine başvurulabilen mekanizmayı “normatif anayasa şikayeti” olarak tanımlamıştır. Bu normatif işlemlerin yanı sıra, kamu idareleri tarafından kamu gücü kullanılarak yapılmış, doğrudan ve güncel olarak bireylerin temel haklarını ihlal eden her türlü işlemin başvurunun konusunu oluşturabildiği anayasa şikayeti türünü ise “tam anayasa şikayeti” olarak tanımlamıştır. Komisyon, bir normu uygulayan bireysel işlemin anayasa mahkemesi önüne getirilememesi sonucunu doğuran normatif anayasa şikayeti mekanizmasının, insan haklarının etkili bir şekilde korunması bakımından tatmin edici olmadığını belirtmiş, tam anayasa şikayetinin ise anayasal hakların çok daha kapsayıcı bir şekilde korunması ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne başvuru yolunun ikincilliği (subsidiarité) ilkesinin anlam kazanarak<sup>87</sup> insan hakları anlayışının ulusal düzeyde yerleşmesi bakımından

85 Holzinger, op.cit., s.67.

86 Komisyon’un normatif işlem tanımı; uluslararası antlaşmalar, kanunlar, kanun hükmündeki düzenlemeler, idare tarafından çıkarılan tüzükler, yönetmelikler, özerk mahalli idari kuruluşlarınca düzenlenen ve uygulanma açısından herhangi bir ayırım yapmayan genel ve bağlayıcı kurallardır. Bireysel işlem tanımı ise; idari kurumların bir normu uygulamak suretiyle bireyler üzerinde verdikleri kararları ve nihai mahkeme kararlarını kapsamaktadır (Venedik Komisyonu, Study No 538/2009, 27.01.2011, para 95).

87 AİHS m.35/1’de AİHM’e başvuru şartı olarak düzenlenen tüketilmesi gereken iç hukuk yollarının “etkili” olması gerekmektedir. AİHS m.13 ve m.35 birlikte düşünüldüğünde, Sözleşmeciler devletler AİHS ve ek protokollerle düzenlenen hak ve özgürlükleri güvence altına almak üzere etkili yollar oluşturmak zorundadır. Bu bağlamda, Venedik Komisyonu da ancak etkili bir anayasa şikayeti mekanizmasının AİHM başvurularından önce, bir filtre işlevi görebileceğini belirtmiştir (İbid., para 86). Bu açıdan, tam anayasa şikayeti kurumu etkililik koşulunu yerine getirmeye daha uygundur. Komisyon, kurumun etkililiğini göstermek adına; Avrupa Konseyi üyesi ülkelerden tam anayasa şikayetinin benimsendiği ülkelere gelen AİHS’nin ihlali iddiasıyla gelen dosya sayısının, kurumun mevcut olmadığı ülkelere kıyasla daha az olduğu tespitinde bulunmuştur (İbid., para 109). Kurumu benimseyen ülkeler olarak Almanya ve İspanya ile kurumu benimsemeyen İngiltere karşılaştırıldığında; İngiltere’den gelen başvuru sayısının (özellikle 1998 yılında Human Rights Act ile AİHS’in iç hukuk normuna dönüştürülmesinden önce), daha yüksek oluşu da, Venedik Komisyonunun bu tespitini doğrulamaktadır (İbid., para 86).

önemli bir işlev gördüğünü ifade etmiştir. Zira; Komisyon'a göre, insan hakları ihlalleri çoğunlukla anayasaya uygun normların, anayasaya aykırı şekilde uygulanmasından kaynaklanmaktadır.

#### D. Başvuru Süresi

İnceleme konusu yapılan ülkelerde, anayasa şikayeti yoluna başvuru süresi bakımından ortak bir tutum sergilenmediği göze çarpmaktadır. Söz konusu başvuru süreleri bir ay ila üç ay arasında değişmektedir. İncelenen ülkelerin genelinde, bu sürelerin söz konusu işlem ya da kararın tebliğ tarihi ile başladığı dikkat çekmektedir. Bir diğer dikkat çekici husus ise, hakkında başvuru yapılacak olan işlemin niteliğine göre, başvuru süresinin değişmesidir. İncelenen ülkelerin büyük kısmında, düzenleyici işlemlere karşı yapılan anayasa şikayeti ile bireysel işlemler ve yargısal kararlara karşı yapılan anayasa şikayeti başvuruları için farklı sürelerin öngörüldüğü göze çarpmaktadır. Mahkeme kararları ve idarenin işlemlerine karşı başvuru süresi Almanya'da tebliğ tarihinden itibaren bir ay; Polonya'da kesin hüküm veya kararın verilmesinden itibaren üç aydır. İspanya'da ise, idarenin kararlarına karşı amparo başvurusunun, kararın tebliğinden itibaren yirmi gün içinde yapılması gerekmekte iken; yargı kararlarına karşı amparo başvurusu, kararın ilgiliye tebliğinden itibaren otuz gün içinde yapılması gerekmektedir.<sup>88</sup> Bunun yanında, İspanya'da parlamentoların veya bunlara bağlı organların idari nitelikteki işlemlerine karşı amparo başvurusu, bunlara ilişkin yargı kararlarının kesinleşmesinden itibaren yirmi gün içinde yapılır. İdare mahkemesinin özel bir türü gibi hareket eden Avusturya Anayasa Mahkemesi'ne başvuru süresi ise, Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 82. paragrafına göre, idari işlemin ilgiliye bildirim tarihinden itibaren, altı haftadır. İşlem tebliğ edilmişse, bu durumda süre tebliğ tarihinde başlamaktadır. İşlem tebliğ edilmemişse, bu durumda her ne kadar başvuru süresi başlamış kabul edilmese de, ilgili, işlemin içeriğini biliyorsa, başvuru hakkını kullanabilecektir.<sup>89</sup> Buna karşılık, genel düzenleyici işlemler bakımından, Alman hukukunda kabul edilen başvuru süresi, işlemin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıldır. Almanya'da bir yıllık hak düşürücü süreye tabi olan işlemler, kanunlar ve aleyhine kanun yoluna başvurulamayan idari işlemlerdir. İspanya'da ise, yukarıda bahsedildiği üzere, yasal düzenlemelere karşı amparo başvurusu yapılamamaktadır. Bunun yanında,

<sup>88</sup> Esen Arnwine, op.cit., s.103.

<sup>89</sup> Karaman, op.cit. s. 243.

merkezi devlet ve özerk topluluk yasama organlarının yasa gücünde olmayan işlemleri, bu işlemlerin kesinleştiği tarihten itibaren 3 ay içinde amparo başvurusuna konu olabilmektedir.

Başvuru sürelerine ilişkin olarak belirtilmesi gereken bir husus da, söz konusu sürelerin hak düşürücü süreler olmasıdır. Yani söz konusu sürelerin dolmasıyla ilgililerin bireysel başvuru yapabilme imkanı ortadan kalkmaktadır. Ancak, İsviçre hukukunda, bazı temel haklara öyle önemli ve ayrıcalıklı bir statü tanınmıştır ki; bu haklara “vazgeçilmez ve zamanaşımına uğramaz haklar” denmektedir. Normal şikayet süresi geçmiş olsa bile, vazgeçilmez haklarından biri ihlal edilen kişi, anayasa şikayetinde bulunabilir. Bu temel haklar yoluyla, korunan kişisel yarara, hukuki istikrardan daha büyük bir önem atfedilmiştir.<sup>90</sup>

Başvuru sürelerine ilişkin olarak Venedik Komisyonu; raporunda, başvuruların süreye tabi olmasının hukuki belirliliğe hizmet ettiğini belirtmekle beraber, bireyin şikayet dilekçesini yazabilmesi ya da bireyin avukatının ihlal iddiasının haklılığını araştırdıktan sonra, başvuru dilekçesini hazırlayabilmesi için makul uzunlukta bir süre öngörülmesi gerektiğine değinmiştir. Ayrıca, Komisyon, başvurucunun veya avukatının elinde olmayan sebeplerden veya diğer mücbir sebeplerden dolayı bu süreye uymaması halinde, sürenin yine makul ölçüde uzatılabileceği görüşündedir.

### **E. Anayasa Şikayeti Dilekçesinin Kapsamı ve Veriliş Usulü**

Anayasa şikayeti kurumunu benimseyen ülkeler incelendiğinde, sürecin başvurucunun dilekçesi ile başladığı görülmektedir. Başvuru yazılı olarak yapılmaktadır. İsviçre’de dilekçe elektronik olarak da Federal Mahkeme’ye sunulabilmektedir. Başvurunun yazılı olmasının yanı sıra, gerekçeli de olması, başvuruya neden olan kamu gücü işlemi veya eylemi ile ihlal edildiği iddia edilen temel hak veya temel hak niteliğinde hakkın da dilekçede açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Ayrıca, Almanya’da temel hak ihlali, idari işlem veya yargı kararından kaynaklanmakta ise, oluşan temel hak ihlalinin giderilmesi için başvuru kanun yollarının da dilekçede belirtilmesi gerekmektedir. Başvurucu, dilekçesine başvuruya esas teşkil eden idarenin işlemi veya yargı kararının kopyasını da eklemek durumundadır.

<sup>90</sup> Bu haklar şu şekilde sayılabilir; kişisel özgürlük, inanç ve vicdan özgürlüğü, yerleşme özgürlüğü, evlenme özgürlüğü, borç nedeniyle hapis yasağı ve bedensel ceza yasağı (Karan, op.cit, s.190).



Avusturya’da anayasa şikayeti kurumunun niteliğinden dolayı, başvuruya ilişkin dilekçede bulunması gereken birtakım unsurları ayrıca belirtmekte yarar vardır: Başvuruya sebep olan işlem ve bu işlemi yapan idari makam, işlemin bildirim tarihi, şikayetin bir temel hak ihlalden mi yoksa hukuka aykırı genel normun uygulanmasından mı kaynaklandığı hususu, işlemin iptali talebi.<sup>91</sup> Dilekçede eksiklik veya hata bulunduğu takdirde tamamlanmak üzere başvuru sahibine gönderilir. Söz konusu eksikliğin tamamlanmaması halinde başvuru reddedilir. Avusturya hukukunda yer alan ikinci başvuru olan bireysel başvuru<sup>92</sup> yolunda ise, başvuru dilekçesinde yer alması gereken hususlar şunlardır: Davaya konu edilen kanun, davaya konu edilen kanunun hangi gerekçelerle Anayasa’ya aykırı olduğu, söz konusu kanunun iptalinin açıkça talebi, başvuru sahibinin dava konusu edilen kanunla doğrudan ilgisi ve başkaca bir makul hukuk yolunun mevcut olmadığına ortaya konulması. Bu unsurlarda eksiklik olması halinde başvuru reddedilecektir.

İspanya’daki amparo başvurusunda başvurucu, dilekçesinde davaya konu işlemi, ihlal edildiği ileri sürülen anayasal hakkı (causa petendi) ve talebini (petitum) ortaya koyduktan sonra, davaya konu hukuki işlemin ya da kararın iptalini ve başvuru konusu olan hak ya da özgürlüğün korunmasını ya da gerekli araçlar kullanılarak hak ya da özgürlüğün yeniden tesis edilmesini talep edebilmektedir.<sup>93</sup> Bunun yanında, ihlal Anayasa’ya aykırı bir kanun hükmünün uygulanmasından kaynaklanıyorsa, bu durumda kanunun iptali de talep edilebilecektir. İspanya Anayasa Mahkemesi amparo başvurusunun, dilekçedeki taleplerle sınırlı olduğunu kabul etmekte ve talebin sonradan genişletilmesine ya da değiştirilmesine izin vermemektedir.<sup>94</sup> Ancak, ilk inceleme

91 Avusturya hukukuna göre, başvuru konusu kararı alan idari makama dosyaları ve iddialarını sunması için altı haftalık süre verilir. Anayasa şikayeti incelemesi birkaç aşamadan oluşmaktadır. Bunlar sırasıyla hazırlık süreci, (gerekli görülürse yapılan) duruşma süreci, kapalı oturum, görüşme, karar ve kararın bildirilmesi aşamalarıdır (Holzinger, op.cit., s.64). İlk aşama olan hazırlık aşamasında taraflar uyumsuzluk hakkındaki görüşlerini ve iddialarını yazılı olarak ortaya koyarak Mahkeme’ye sunarlar. Uygulamada genellikle dosya tekemmül etikten sonra kapalı oturumda görüşme yapılmaktadır. Ancak bazı çok istisnai hallerde incelemenin duruşmalı olarak da yapılması mümkündür. Son aşamada mahkeme karar almakta ve bu karar tebliğ edilmektedir (İbid., s.64).

92 Bireysel başvuru yolunda Anayasa Mahkemesi’nin izleyeceği usul anayasa şikayetinde uygulanan usul ile benzeşmektedir. Buna göre bireysel başvuruda sırasıyla şu aşamalar bulunmaktadır: Hazırlık, duruşma ya da gizli görüşme ve karar aşaması. Bireysel başvuru yolunda anayasa şikayeti yolundan farklı olarak uygulamada duruşma yapılmasına sıklıkla rastlanmaktadır (Holzinger, op.cit., s.72).

93 Karaman, op.cit., s.235.

94 Karaman, op.cit., s.276.



yapılırken dilekçede düzeltilebilir bir eksikliğin ya da yanlışlığın tespit edilmesi halinde, bölüm, başvurucuya on gün süre vererek eksikliği ya da hatayı düzeltmesini ister. Bu süre içinde başvuruda gerekli düzeltmeler yapılmazsa, bölüm başvuruyu reddedecektir. Kanun hakkında iptal talebinde bulunulabilmesi için, zarara neden olan bireysel işlemin kaynağını oluşturan kanun ile amparo başvurusu yapılan işlem arasında zorunlu ve vazgeçilmez bir ilişkinin bulunması gerekir.<sup>95</sup> İlgili kanunun iptali gündeme gelirse, bu durumda bölüm, amparo başvurusunu Genel Kurul'a gönderir. Kanunun iptaline ilişkin karar Genel Kurul tarafından verilir.

Başvuru dilekçesinin verilmiş usulüne dair değinilmesi gereken bir diğer husus da, yasal temsildir. Başvuru yapılırken, başvurucunun avukatla temsil edilmesi hususu farklı şekillerde düzenlenmiştir. Örneğin Almanya'da anayasa şikayeti başvurusu, başvurucu tarafından bizzat ya da vekili aracılığı ile yapılabilirken, İspanya'da, Polonya'da ve Avusturya'da (hem anayasa şikayeti hem de bireysel başvuru yolları bakımından) başvurucunun avukat ile temsil edilme zorunluluğu bulunmaktadır. İspanya'da amparo başvurusu esnasında, başvurucunun, dilekçesine kim tarafından temsil edildiğini gösteren bir belgeyi de eklemesi gerekecektir. Yine, Avusturya'da anayasa şikayetine doğrudan dilekçe ile başvurma hakkı bulunmayan başvurucunun dilekçesi, mutlaka avukatı tarafından imzalanmalıdır. Başvurucunun, anayasa şikayeti başvurusu süresince, ihtiyaç duyacağı masraflar için gereken maddi imkanlardan yoksun olması halinde, şikayet sahibi adli yardımdan yararlanabilir. Ayrıca, adli yardımdan yararlanan başvuruculardan, mahkeme masrafları da talep edilmektedir.<sup>96</sup> Polonya'da başvurucudan herhangi bir başvuru harcı talep edilmemekle birlikte; avukat tutma zorunluluğu, yoksul kişiler için hukuki yardım yolu ile telafi edilmektedir.

Venedik Komisyonu anayasa şikayeti başvurularında bireyin avukat tarafından temsil edilmesinin, özellikle başvuru dilekçesinin nitelikli olması bakımından önem arz ettiğini belirtmiştir. Diğer yandan, avukat ile temsil, ağır bir ekonomik yük teşkil edebilmektedir. Komisyon'a göre; özellikle yasal temsilin zorunlu hale getirildiği hallerde, bu şart karşısında başvurucuya ekonomik destek veya ücretsiz yasal yardım mekanizmalarının öngörülmemiş olması, bir iç hukuk yolu olarak anayasa mahkemesine etkili bir başvuru imkanının bulunmadığının kabulü ile sonuçlanabilmektedir. Buna paralel olarak, Komisyon, anayasa mahkemelerine başvuru hakkının kötüye kullanılmasını

<sup>95</sup> Karaman, op.cit., s.235.

<sup>96</sup> Haller, op.cit., s.6.

engellemeye hizmet eden bir araç olan harçların oldukça düşük tutulmasını ve bunların başvuru durumuna göre düşürülmesinin mümkün kılınmasını önermektedir. Aksi halde, başvuru yolunun etkili olduğunun kabulü zorlaşabilecektir.

## II. BAŞVURU ÜZERİNE YAPILACAK İNCELEME VE VERİLECEK KARARLAR

### A. Kabul Edilebilirlik İncelemesi ve Kararı

Anayasa şikayeti yolu, bireylerin temel hak ihlallerine karşı sahip oldukları bir güvence niteliği taşıdığından, bireylerce sıklıkla kullanılmakta ve bu durum anayasa mahkemelerinin iş yükünü oldukça arttırmaktadır. Sayısal veriler incelendiğinde, anayasa mahkemelerine yapılan tüm başvurular içinde, bireysel başvuruların çok yüksek bir orana sahip olduğu göze çarpmaktadır. Anayasa mahkemesi için çok büyük bir yük oluşturan bireysel başvuruların, etkili bir şekilde incelenebilmesi ve dayanaksız ya da asılsız başvuruların önüne geçilebilmesi için kabul edilebilirlik şartları ve kabul edilebilirlik prosedürü öngörülmüştür. Kabul edilebilirlik incelemesi, bu çalışmada incelenen ülkelerin tamamında uygulanmakta olan bir mekanizmadır. Ancak, belirtmek gerekir ki, incelenen ülkeler arasında kabul edilebilirlik şartları ve inceleme makamı bakımından pek çok farklılık yer almaktadır. Buna karşılık, birtakım kabul edilebilirlik şartlarının, incelenen ülkelerin tamamında benimsendiğini söylemek doğru olacaktır. Ülkelerin kabul edilebilirlik prosedürünü karşılaştırmadan önce, kabul edilebilirlik sürecinin Anayasa mahkemelerinin iş yükü açısından getirdiği avantajlara değineceğiz.

Alman Anayasa Mahkemesi'nde, görülmekte olan davaların %96'sını anayasa şikayeti başvuruları oluşturmakta olup, bu başvurulardan ancak %2.5'i başarılı bir şekilde sonuçlanmaktadır.<sup>97</sup> Komitelerde yapılmakta olan ilk incelemeyi (kabul edilebilirlik incelemesi) aşan başvurular ise, %1'in altındadır.<sup>98</sup> Rusya'da ise, ilk inceleme aşamasında kabul edilen başvuruların, toplam başvuru sayısına oranı %3 civarındadır.<sup>99</sup> Öte yandan, İspanya'da özellikle, aşağıda değinilecek olan, 2007 yılında yapılan değişiklikten sonra, her yıl amparo başvurularının %95'ten fazlası Mahkeme tarafından ilk inceleme aşamasında reddedilmektedir.<sup>100</sup>

97 Karaman, op.cit., s.275.

98 Hassman, op.cit., s.4.

99 Zorkin, op.cit., s.288.

100 Baamonde, op.cit., s.106.

Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu madde 815/1'ya göre, senatolar, her iş yılı içinde birden fazla komiteyi, kabul edilebilirlik incelemesi yapması için görevlendirir. Komitelerin sayısı ve üyeler senato tarafından belirlenmektedir. Her bir komitede üç hakim bulunmaktadır. Komitelerde yer alan hakimlerin üç yılda bir yenilenmesi gerekmektedir. Alman hukukuna göre, komisyonların, anayasa şikayeti başvurusunun kabulüne oy birliği ile karar verememesi halinde; dosya incelenmek üzere Daireye gönderilmektedir. Bunun yanında, Daireler, ülke hukuku açısından önem taşıyan dosyaları, komisyon incelemesi olmaksızın, doğrudan inceleme hakkına da sahiptirler.<sup>101</sup> İspanya Anayasa Mahkemesi Hakkında Organik Kanun (LOTIC) madde 8'e göre, İspanya'da amparo başvurusunun kabul edilebilirliğine, üçer hakimden oluşan dört komisyon karar vermektedir. Başvuruyu ilk inceleme aşamasında inceleyen komisyon, başvurunun tamamının veya bir kısmının kabulüne, ancak oybirliği ile karar verebilir. Kabule ilişkin karar oy çokluğu ile alınmışsa dosya ilgili bölüme gönderilir. Bu durumda, bölüm kararını oy çokluğu ile verir.<sup>102</sup> Komisyonların almış oldukları ret kararları kesindir. İspanya ve Almanya örneklerinden farklı olarak, Avusturya Anayasa Mahkemesi anayasa şikayeti başvurularının kabul edilebilirliğini de, Genel Kurul halinde karara bağlamaktadır. Zira Avusturya hukukunda, daire yapılanması benimsenmemiştir. Buradaki amaç, içtihat birliği sağlamaktır. Mahkemenin ön inceleme prosedürünü tamamlamasının ardından, başkan duruşma günü belirler ve esastan inceleme başlar. Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi Hakkında Federal Kanunu'nun 41 ila 44. maddelerinde, başvuru dilekçesinin kabul edilebilirlik incelemesi düzenlenmektedir. Buna göre, Mahkeme kalemi, kabul edilebilirlik şartlarını incelemektedir. Ancak, kalemin görüşü bağlayıcı olmayıp, dilekçenin kabulüne veya reddine nihai olarak karar verme yetkisi Anayasa Mahkemesi'ne aittir.

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuruların kabul edilebilir olmasının ilk şartı, olağan kanun yollarının tüketilmiş olmasıdır. Bu şart, incelenen ülkelerin büyük bir kısmında aranmaktadır. Alman Anayasası'nın

<sup>101</sup> Alman Anayasa Mahkemesi'nin kabul edilebilirlik incelemesindeki temel ret gerekçeleri; bir aylık başvuru süresinin aşılması, olağan kanun yollarının tüketilmemiş olması, ciddiye alınmaz anayasal gerekçelere dayanılması, Mahkeme'nin daha önceki kararlarında çözümü olduğu anayasal sorunlara ilişkin şikayetler örnek olarak sunulabilmektedir.

<sup>102</sup> Ret kararının oy birliğiyle alınması halinde savcılığın itiraz hakkı bulunmaktadır. Savcının yapmış olduğu itiraz yine aynı komisyon tarafından karara bağlanır. Buna karşılık komisyon, ret kararını oy çokluğu ile almışsa bu durumda hem dilekçe sahibi hem de savcılık ret kararına itiraz edebilir. İtiraz süresini kararı veren komisyon belirler. Ancak bu süre on günden fazla olamaz. Bu durumda ilgili bölüm yapılan itirazı karara bağlar (Karaman, op.cit., s.276).

94-II-c.2 maddesi ve Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 90-II maddesinde yer alan düzenlemeye göre; eğer söz konusu temel hak ihlaline karşı, kanun yolları açıksa, bu durumda anayasa şikayeti yoluna ancak kanun yolları tüketildikten sonra başvurulabilecektir. Ancak, bazı hallerde olağan kanun yollarının tüketilmesi şartı anamamaktadır. Kanun yollarının tüketilmesinden bir sonuç alınmasının beklenmemesi ya da kanun yollarının tüketilmesinin beklenmesi başvuran açısından ağır ve telafisi imkansız bir zarara yol açacak olması ve anayasa şikayetinin karara bağlanmasının tüm toplumu ilgilendirecek, genel bir öneme sahip olması halinde, olağan kanun yollarının tüketilmesi şartına bakılmaksızın başvuru kabul edilecektir.<sup>103</sup> Bu sayılan haller, anayasa şikayeti başvurusunun ikincil karakterinin istisnasını oluşturmaktadır.<sup>104</sup> Anayasa şikayeti başvurusunun kabul edilebilmesi için öngörülmüş olan “olağan yargı yollarının tüketilmiş olması” koşulunun bir diğer sonucu ise, söz konusu yargı yollarının usulüne uygun olarak tüketilmesi gereğidir.<sup>105</sup> Olağan yargı yollarında, davanın usul şartlarındaki bir eksiklik nedeniyle reddedildiği hallerde, yargı yollarının tüketilmiş olması koşulu gerçekleşmiş sayılmaz. Bu nedenle, başvuru sahibinin davaya sebep olan maddi vakiaları ve delilleri mutlaka olağan mahkeme önünde ortaya koymuş olması gerekir. Aksi halde, anayasa şikayeti başvurusu reddedilecektir. İspanya hukukunda amparo başvurusu, tıpkı Almanya örneğinde olduğu gibi istisnai ve olağandışı bir kanun yoludur. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi'nin yetkisi ikincildir. Amparo başvurusunda bulunabilmek için öncelikle bütün kanun yollarının tüketilmiş olması gerekmektedir.<sup>106</sup> Bu şart gerçekleşmeksizin yapılan başvurular, komis-

<sup>103</sup> Buna göre kanun yolları tüketilmiş olması şartının aranmadığı iki hal vardır. Ancak bu iki hal bakımından da başvurunun mutlaka tüm toplumu ilgilendirecek, genel bir öneme sahip olması gerekmektedir. Bu şartlardan ilki kanun yollarına başvuru sonucunda bir sonuç alınamayacağını açık olması halidir. İkinci hal ise, kanun yollarının tüketilmesinin beklenmesi halinde başvurucağın ağır ve telafisi mümkün olmayacak bir zararının ortaya çıkacak olmasıdır.

<sup>104</sup> Hassamer, op.cit., s.4.

<sup>105</sup> Alman doktrinindeki bazı yazarlar, Mahkeme'nin kabul edilebilirlik şartı olarak, başvurucağın söz konusu temel hak ihlali iddiasını diğer mahkemeler önünde ileri sürmüş olmasının aranması gerektiğini ileri sürmektedir. Yani bu yazarlara göre, olağan kanun yolu sırasında ileri sürülmemiş olan temel hakların ihlali(dolayısıyla Anayasa'ya aykırılık) iddiasının anayasa şikayeti yolu ile Mahkeme'ye ileri sürülmesi mümkün olmayacaktır (Karaman, op.cit., s.256).

<sup>106</sup> Burada belirtilmesi gereken önemli bir husus ise amparo başvurusunun İspanya'ya özgü olan ikili yapısıdır. Buna göre, amparo başvurusu olağan ve anayasal amparo olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Olağan amparo temel hak ve özgürlüklerin olağan kanun yolları içinde korunması anlamına gelmekte olup, bu ana kadar tartışmış olduğumuz anayasa şikayeti yolundan oldukça farklıdır. Olağan amparo, olağan kanun yollarının son aşaması olan Yargıtay (Tribu-

yon tarafından ilk inceleme sırasında, reddedilecektir.<sup>107</sup> İspanya hukukunda bulunan karar düzeltme yolu ise, olağanüstü bir kanun yolu olup; bu kanun yoluna başvurulmaması halinde; bu durumun kanun yollarının tüketilmemiş olduğu anlamına gelmeyeceği kabul edilmektedir. Buna karşılık, başvuru karar düzeltme yoluna bir kez başvurmuşsa; artık amparo başvurusunu yapabilmesi için, mutlaka karar düzeltme başvurusunun sona ermiş olması gerekmektedir.<sup>108</sup> Buna karşılık, İspanya Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında, olağan kanun yollarının tüketilmesi şartının, Alman hukukunda olduğu gibi, istisnaları bulunmamaktadır. Yani başvuru, olağan mahkemeler tarafından bir temel hakkının korunmasını beklemesi halinde bir sonuç elde edemeyecek olsa ya da olağan kanun yollarının beklenmesi halinde ağır ve telafisi imkansız zararlara uğrayacak olsa dahi, yine de doğrudan Anayasa Mahkemesi'ne başvuramayacaktır.<sup>109</sup> Bu söz konusu sakıncalı durum hakkında, gerek İspanya Anayasa Mahkemesi Kanunu, gerek İspanya Anayasa Mahkemesi kararları gerekse İspanya doktrini görüş birliği içindedir.<sup>110</sup>

Alman ve İspanyol hukukunda olduğu gibi İsviçre'de de ikincillik ilkesi (olağan kanun yollarının tüketilmesi şartı) bulunmaktadır. Buna karşılık, kanun yollarının tüketilmesinin yalnızca biçimsel bir kural olarak görüldüğü, yani başarı şansının bulunmadığı durumlarda bu başvuru şartının yerine getirilmesi aranmaz. Ayrıca, çifte vergilendirme yasağı, yasal yargıç ilkesi

---

nal Supreme) tarafından gerçekleştirilmektedir. Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlar kesin hüküm niteliğindedir. Bu da göstermektedir ki olağan amparo başvurusu henüz kesinleşmemiş olan yargı kararları için öngörülmüş bir koruma yoludur. Anayasal amparo ise olağan kanun yolları dışında yer almaktadır. Adından da anlaşılacağı üzere anayasal amparo Anayasa Mahkemesi tarafından yapılmaktadır. Olağan ve anayasal amparo olmak üzere ikili bir ayırım yapılmasından amaç, kamu güçleri tarafından gerçekleştirilen temel hak ihlallerinin ilk aşamada olağan kanun yolları içinde çözümlenmesinin amaçlanmasıdır. Ancak olağan kanun yolları içinde çözümlenememiş olup da Yargıtay kararı sonucunda kesinleşmiş olan temel hak ihlallerine karşı anayasal amparo ek bir güvence sağlamaktadır. Nitekim anayasal amparo, olağan amparoda olduğu gibi olağan kanun yolları içinde yer almayıp olağanüstü bir kanun yoludur. Dolayısıyla olağan kanun yolları ile çözümlenemeyen temel hak ihlalleri anayasal amparo yolu ile çözümlenmeye çalışılmaktadır. Buna karşılık, olağan kanun yollarının dışında kalan kanun yollarına başvurulmuş olması, amparo başvurusu bakımından şart değildir (Karaman, op.cit., s.257) .

<sup>107</sup> İspanya Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında belirttiği gibi, amparo başvurusunda amacın olağan kanun yollarından bir sonuç elde edemeyen bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunmasını sağlamaktır (İbid., s.257).

<sup>108</sup> Karaman, op.cit., s.257.

<sup>109</sup> Söz konusu istisnai durumun sert bir şekilde reddedilmesindeki temel gerekçe, İspanya hukukunda actio popularis uygulamasının önüne geçmektir (Esen Arnwine, op.cit., s.104).

<sup>110</sup> Esen Arnwine, op.cit., s.104.

veya eşitlik ilkesine dayalı bir başvuruda da Mahkeme, kanton içindeki kanun yolları tüketilmemiş olsa bile başvuruyu kabul edebilir. Bu düzenlemenin nedeni, söz konusu hakların bekleyemeyecek ve zamana bırakılmayacak kadar önemli anayasal hakları olduğunun kabul edilmesidir.<sup>111</sup>

Polonya’da da anayasa şikayeti başvurusu yapılabilmesi için iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekmele birlikte; Yüksek Mahkeme’ye temyiz başvurusunun yapılması, bir iç hukuk yolu olarak zorunlu tutulmamaktadır. Temyiz, yasanın yorumlanması anlamına gelmektedir. Polonya’da anayasa şikayeti başvurusunun konusunu, yasal düzenlemelerin yorumlanması değil, yalnızca bu düzenlemelerin kendisinin anayasaya aykırılığının ileri sürülmesi oluşturabilir.<sup>112</sup>

Anayasa Mahkemesi’nin “özel idare mahkemesi” gibi çalıştığı Avusturya hukukunda ise, bireysel idari işleme karşı İdare Mahkemesi’nde başvuru yapmak, Anayasa Mahkemesi’ne başvurabilmek için koşul değildir. Bir kimse, idari işlem sonucunda temel haklarının ihlal edildiği kanaatinde ise, bu durumda aynı anda hem Anayasa Mahkemesi’ne hem de İdare Mahkemesine başvurabileceği gibi; bunlara ayrı ayrı başvurma hakkını da haizdir. Her iki başvuruda da başvurunun konusu, temel hakları ihlal ettiği ileri sürülen idari işlemdir. Avusturya hukukuna göre, yargı kararlarına karşı anayasa şikayeti kapalıdır. Yargı kararlarına karşı anayasa şikayetine başvurulamıyor olunması, zaten olağan hukuk yollarının tüketilmesi şartını kendiliğinden, büyük ölçüde ortadan kaldırmaktadır. Keza gerek yalnızca Anayasa Mahkemesi’ne başvurulmuş olsun, gerekse hem İdare Mahkemesi’ne hem de Anayasa Mahkemesi’ne bir arada başvurulmuş olsun, her iki başvuruda da başvurunun konusu idarenin işlemidir. Buna karşılık, Avusturya hukukunda anayasa şikayetine başvurulabilmesi için ihlale ilişkin olarak, olağan kanun yollarına başvurulması gerekli olmasa da; Avusturya Anayasası’nın 144. maddesine göre, idarenin kararlarına karşı anayasa şikayeti başvurusu yapılabilmesi için, idari başvuru yollarının tüketilmiş olması gerekmektedir. Yani, hiyerarşik başvuruya konu olabilecek kararlara karşı, bu başvuru yolları tüketilmedikçe, anayasa şikayeti yoluna gidilmesi mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi’ne yalnızca anayasa ile korunan hakların ihlali veya genel normlara aykırı hal-lerde başvurulabiliyor olunabilmesine rağmen; idare mahkemesine başvuru,

111 Göztepe, op.cit., s.33

112 Adam Bodnar, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Doğu Avrupa Deneyimi)”, Anadolu Üniversitesi, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkı Sempozyumu, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Basımevi, 2011, s.117.

yalnızca olağan kanunlar ile korunan sübjektif hakların ihlali halinde mümkündür.<sup>113</sup> Bunun yanında, Avusturya hukukunda yer alan ikinci başvuru yolu olan bireysel başvuru yolunda, genel normlara yönelik olarak yapılan bireysel başvurular söz konusu olmaktadır. Yani, bir genel norm tarafından (kanun ya da idarenin normu) haklarının güncel olarak ve doğrudan ihlal edildiğini ileri süren bireyin, Anayasa Mahkemesi'ne yapmış olduğu başvurunun kabul edilmesi için, başvuru konusu normun, yargısal bir karar alınmasına ya da bireysel bir idari işlem yapılmasına gerek duyulmaksızın, güncel bir etki doğurması gerekmektedir.

Rusya'da ise yine ikincillik ilkesinden farklı bir düzenleme yer almaktadır. Bu durum, Rusya'da mevcut bulunan anayasa şikayeti düzenlemesinin, norm denetimi niteliği taşımasından kaynaklanmaktadır. Keza Rusya'daki düzenlemeye göre, Anayasa'da bulunan temel hakları ihlal eden bir kanun hükmünün, somut olaydaki yargılama sırasında kullanılmış olması ya da kullanılmaya teşebbüs edilmesi halinde, söz konusu kanun hükmüne karşı anayasa şikayeti yoluna başvurulabilecektir. Nitekim, Rusya Anayasası'nın 125-4. maddesine göre, anayasa şikayeti yoluna başvurabilmek için, söz konusu kanun hükmü somut olayda uygulanmış olmalı veya uygulanması yönünde mahkemece ya da başka bir makamca teşebbüste bulunmuş olmalıdır ve bu durumun resmi bir belge ile dilekçeye eklenmesi gerekir.

İkinci kabul edilebilirlik şartı ise, başvuruçunun güncel ve kişisel menfaatinin bulunması koşuludur. Bu şartın aranmaması halinde, anayasa şikayeti yolu *actio popularis* niteliği taşıyacağından, ulaşılmak istenen amaçtan uzak bir duruma ve mahkeme açısından ağır bir iş yüküne sebep olacaktır.<sup>114</sup> Bu şart, çalışmamızda inceleme konusu yapılan ülkelerde yer alan düzenlemelerin tamamında bulunmaktadır. Örneğin, Alman Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapılabilmesi için, başvuruçunun güncel (başvuru anında) ve kişisel bir hakkının doğrudan ihlal edilmiş olması gerekmektedir. Anayasa şikayetine

<sup>113</sup> Avusturya hukukunda Anayasa Mahkemesi ile İdare Mahkemesi arasındaki ilişkiye ilişkin olarak göze çarpan husus, Anayasa Mahkemesi'nin öncelik sahibi oluşudur. Zira Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuru sonucunda başvurunun anayasa hukuku bakımından önem taşımaması ya da temelsiz olduğuna ilişkin kanaat oluşursa, bu durumda gerek kabul edilebilirlik incelemesi sırasında gerekse esas incelemesi sonucunda verilen karardan sonra başvurunun idare mahkemesine gönderilmesi mümkündür. Bunun için başvuruçunun talebi yeterlidir. Buna karşılık aynı şekilde İdare Mahkemesi'ne tarafından reddedilen başvuruların Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesi mümkün değildir. Bu durum Anayasa Mahkemesi'nin öncelik sahibi olduğunu ortaya koymaktadır (Holzinger, op.cit., s.65).

<sup>114</sup> Mellinghof, op.cit., s.35.



başvurma hakkı sadece başvuru sahibinin kendisine ait bir temel hak ya da temel hak benzeri bir hakkın ihlal edilmiş olması halinde bulunmaktadır. Ayrıca, temel hak ihlali başvuru anında mevcut olmalıdır. Kişinin gelecekte etkilenme ihtimalinin olduğu işlemlere karşı, anayasa şikayeti yoluna başvurusu mümkün değildir. Bunun dışında, başvuru sahibinin başvuruya sebep olan işlem-den doğrudan etkilenmiş olması gerekmektedir. Bu durum daha çok kanun hükümlerine karşı yapılan başvurularda söz konusu olmaktadır. Kanun hükmünün kişi üzerinde sonuç doğurabilmesi için, herhangi bir uygulama işlemine gerek duyulmamakta ise, bu durumda doğrudanlıktan bahsedilebilecektir. Bu şartın gerçekleşmediği hallerde, öncelikle bireysel işlemin yapılmasının beklenmesi, ardından anayasa şikayeti yoluna başvurulması gerekmektedir.<sup>115</sup>

Yine İspanya, İsviçre ve Avusturya hukukunda da başvuru sahibinin güncel ve kişisel menfaatinin bulunması koşulu aranmaktadır. Zira bu ülkelerde de bireysel başvuru yolunun *actio popularis* haline gelmesi ve mahkemenin iş yükünün aşırı olarak artmasının önüne geçilmek istenmektedir. Bu durum Avusturya hukukunda, Anayasa Mahkemesi'nin idare mahkemesi gibi çalıştığı anayasa şikayeti yolundan ziyade; ikinci yol olan bireysel başvuru yolunda önem taşımaktadır. Genel bir norm tarafından (kanun ya da idarenin normu) haklarının güncel olarak ihlal edildiğini ileri süren bireyin Anayasa Mahkemesi'ne yapmış olduğu başvurunun kabul edilmesi için, başvuru konusu normun yargısal bir karar alınmasına gerek duyulmaksızın ya da bireysel bir idari işlem yapılması gerekmeksizin etki doğuruyor olması aranmaktadır. Yani, başvuru sahibinin ileri sürmüş olduğu kanunun, temel haklara ilişkin güncel bir ihlal yaratması, bu ihlalin idari işlem veya yargısal bir karara ihtiyaç duyulmaksızın başvuru üzerinde etki doğurması gerekmektedir. Federal Anayasa'nın 140. maddesinin 1. fıkrasına göre, ***herhangi bir kanunun Anayasa'ya aykırı olmasından dolayı doğrudan zarar gördüğünü iddia eden kişiler söz konusu kanuna karşı Anayasa Mahkemesinde dava açabilirler. Bunun için söz konusu kanun hükmünün herhangi bir mahkeme kararına ya da idari bir işleme gerek duyulmaksızın doğrudan doğruya hukuki sonuç doğurması şarttır.*** Yani başvurunun kabul edilebilir olması için ilk olarak, başvuru sahibinin mevcut ve güncel bir hakkının ihlal edilmiş olması gerekmektedir.<sup>116</sup> Gelecekte meydana gelecek olası ihlallere dayanarak,

<sup>115</sup> İbid., s.36.

<sup>116</sup> Avusturya hukukunda yer alan, bireysel başvuru yolunun ikinci kabul edilebilirlik şartı ise, başvuru sahibinin kanunun Anayasa'ya aykırılığından doğan zararı bir mahkeme kararı ya da idari işlemle gidermenin imkan dışı olması gerekmektedir. Yani başvuru sahibinin söz konusu ihlali ortadan kaldırmak için elinde herhangi bir kanun yolunun bulunmaması aranmaktadır.



başvuruda bulunulması mümkün değildir.<sup>117</sup> Başvuru konusu olan kanunun, başvuru anında yürürlüğe girmiş olması ve etkilerini doğurmuş olması gerekmektedir. İleri tarihte yürürlüğe girecek olan bir kanuna karşı başvuru yapılamaz.<sup>118</sup> Bunun yanında, başvurucunun söz konusu kanundan doğrudan etkilenmiş olması gerekmektedir. Bunun için, başvurucu söz konusu kanunun doğrudan muhatabı olmalıdır ve kanunun birey üzerinde sonuç doğurabilmesi için, herhangi bir idari işleme ya da yargı kararına ihtiyaç duyulmuyor olması gerekir.<sup>119</sup>

Rusya'da yer alan düzenlemeye göre de, somut olaydaki yargılama sırasında kullanılan ya da kullanılmaya teşebbüs edilen kanun hükmünün, yurttaşların anayasal hak ve özgürlüklerini ihlal etmemiş olması, yürürlüğe girmemiş olması, yürürlükten kaldırılmış olması halinde başvuru reddedilecektir. Ancak, kanun yürürlükten kaldırılmadan önce, Anayasa Mahkemesi'ne dava açılmışsa veya söz konusu kanunun davacıya uygulanmasıyla, davacının anayasal hak ve özgürlüklerinin doğrudan ihlal edilmiş olması halinde, kanun yürürlükten kalkmış olsa dahi başvuru incelenebilir.<sup>120</sup>

Başvurunun anayasal açıdan önem taşıyan bir içeriğe sahip olması ya da temel hakların varlığını kabul ettirmesi bakımından zorunlu olması bir diğer kabul edilebilirlik şartıdır.<sup>121</sup> Başvurunun anayasa hukuku açıdan önem taşıması şartı Alman hukukunda Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarından ortaya çıkmış bir kabul edilebilirlik şartıdır. Buna göre, Anayasa Mahkemesi belli bir konuda kararını vermiş ve bu hususta istikrarlı bir şekilde içtihat oluşturmuş

---

Eğer Anayasa'ya aykırı olan bu kanun aleyhine dava açılabilir veya başvuru yapılabilir olsa bu durumda mahkeme itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurabileceğinden bu hallerde bireysel başvuru yolu kabul edilmemiştir. Ancak olağan kanun yolunun işleme sırasında itiraz yolunun mahkeme tarafından kabul edilmeyerek başvurunun Anayasa Mahkemesi önüne gönderilememesi halinde yine bireysel başvuruda bulunabilmek mümkün değildir. Bu durumda başvuruyu Anayasa Mahkemesi önüne göndermek mahkemenin takdirine kalmıştır. Ancak anayasaya aykırılık iddiasının davaya bakan mahkeme tarafından reddedilmesi halinde bireysel başvuru hakkının bulunmaması Avusturya hukukunda bir eksiklik olarak görülmektedir (Holzinger, op.cit., s.71).

117 İbid., s.70.

118 Anayasa Mahkemesi'nde başvuru incelenmekte iken yürürlükten kaldırılan kanunlara karşı açılan başvuru da reddedilecektir (Holzinger, op.cit., s.70).

119 Burada belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi dava konusu edilen kanunun Anayasa'ya aykırılığı sorunu ancak başvurucunun öne sürdüğü gerekçe açısından incelenebilir. Yani anayasa şikayetinde olduğu gibi mahkemenin gerekçelerin dışına çıkarak resen inceleme yapabileceği yetkisi bulunmamaktadır (Holzinger, op.cit., s.70) .

120 Zorkin, op.cit., s.287.

121 Hassemer, op.cit., s.4.

ise olağan yargı mercilerinin bu içtihadı göz önünde bulundurarak uyuşmazlıkları çözmeleri gerekir. Yani yargı mercilerinin Anayasa metni ve Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına bakarak bir uyuşmazlığı çözebilme imkanı olduğunda, bu uyuşmazlık nedeniyle başvuru Anayasa Mahkemesi önüne gitmemesi gerekmektedir.<sup>122</sup> Buna karşılık, Anayasa Mahkemesi, uyuşmazlığın hukuki niteliğine ilişkin olarak, daha önceden karar vermemişse ya da önceden karar vermiş olmakla birlikte, meydana gelen gelişmeler sonucunda önceki içtihadını değiştirme veya gözden geçirme ihtiyacı duyarsa ya da olağan kanun yollarındaki mahkemeler Anayasa Mahkemesi'nin içtihadını sistematik olarak göz ardı ederse; bu durumda Mahkeme yerleşik içtihadına rağmen başvuruları inceleyebilecektir. Kararın verilebilmesi için, tekil durumu aşan bir menfaat bulunmalıdır.<sup>123</sup> Almanya örneğinde olduğu gibi, İspanya Anayasa Mahkemesi'ne yapılan amparo başvurularında da Anayasa Mahkemesi Hakkında Organik Kanun'un 50. maddesine göre, başvurunun "**özel bir anayasal boyuta sahip olması**" şartı eklenmiştir. Bu değişiklik, 24 Mayıs 2007 yılında ve 2007/5 sayılı kanunla yapılmıştır. İspanya hukuk sisteminde, söz konusu şartın getirilme nedeni, amparo başvurusunu zorlaştırmak ve Mahkeme'nin iş yükünü azaltmaktır.<sup>124</sup> Başvuruyu inceleyen Daire, başvuruya konu edilen uyuşmazlığın anayasal boyutuna bağlı olarak; başvurunun tamamının veya bir kısmının kabulüne oybirliği ile karar vermektedir. Başvurunun anayasal önem taşıması kriteri, sübjektif başvuru niteliği taşıyan amparo yolunu, objektif hale getirmiştir. Bu sayede, temel haklara yönelik her türlü ihlale karşı amparo yoluna başvurulamayacak olup; söz konusu ihlalin Anayasa'nın yorumu, uygulanması veya genel etkisi bakımından özel anayasal işleve sahip olması gerekmektedir.<sup>125</sup> İspanya anayasa hukukunda

<sup>122</sup> Mellinshof, op.cit., s.43.

<sup>123</sup> İbid., s.43.

<sup>124</sup> Yapılan düzenleme sonucunda, her yıl ortalama olarak amparo başvurularının %95'ten fazlası ilk inceleme aşamasında reddedilmektedir. Başvurunun anayasal dayanağının olmaması nedeniyle reddedilen başvuruların oranı, dilekçenin reddi hallerinin %70'ini oluşturmaktadır. Yine bu kabul edilebilirlik ölçütünün eklenmesinin bir sonucu olarak, Mahkeme ilk incelemeyi geçen başvuruların %60'ını kabul etmektedir (Baamonde, op.cit., s.106).

<sup>125</sup> Doktrinde Esen Arnwine özel anayasal önem kriterini betimleyen birtakım kriterler oluşturmuştur:

- Başvuru yeni bir durum yaratıyorsa
- Başvuru Mahkeme içtihadını değiştirme olasılığı taşıyorsa
- İhlal bir yasanın ya da genel nitelikli başka bir normdan kaynaklanıyorsa
- İhlal bir yasanın anayasaya aykırı yorumundan kaynaklanıyorsa ve Mahkeme bu yorumun düzeltilmesini gerekli görüyorsa

başvurunun anayasal bakımdan önem taşıması hususu somutlaştırılmıştır. Bir başvurunun anayasal açıdan önem taşıyor sayılabilmesi için, Anayasa'nın uygulanmasına, yorumlanmasına, genel etkisine ya da temel hakların içerik ve kapsamının belirlenmesine ilişkin bir sorunun söz konusu olması gerekmektedir.<sup>126</sup> Ayrıca, yapılan başvurunun “*anayasal bir gerekçeye*” dayanması ve gerçekten “*ciddi*” bir uyuşmazlığın söz konusu olması gerekmektedir.<sup>127</sup> Bazı durumlarda, başvuruya konu olan hak ve özgürlüğün alanı ve içeriği Anayasa Mahkemesi kararlarıyla, yeterince açıklığa kavuşturulmuş olabilmektedir. Böyle bir durumda, başvurunun anayasal önem taşımadığı gerekçesi ile reddedilmesi gerekecektir.<sup>128</sup>

Avusturya hukukuna göre de başvurunun anayasal bir sorunun açıklığa kavuşturulmasını sağlıyor olması gerekir. Anayasa hukukunun yorumu ve gelişimi bakımından bir anlamı olmalıdır. Salt basit bir kanuna aykırılık hali ya da Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihadının bulunduğu konularda yapılan başvurular kabul edilmeyecektir.

Bir diğer kabul edilebilirlik şartı ise, Almanya ve İspanya'da söz konusu olan, ciddi bir zararın varlığı koşuludur. Buna göre, başvuru için, temel haklarının ihlal edilmiş olması sonucunda, önemli bir zarara uğramış olması gerekmektedir. Önemli bir zarara uğramış olma kriteri, Almanya'da Anayasa Mahkemesi'nin içtihatları yoluyla ortaya çıkmıştır.

Yukarıda sayılan ve bu çalışmada incelenen ülkelerde paralel olarak düzenlenen kabul edilebilirlik şartlarının dışında, her ülkenin kendi mevzuatında ya da içtihatlarında öngörmüş olduğu birtakım kabul edilebilirlik koşulları da bulunmaktadır. Örneğin Avusturya hukukuna göre, yapılan başvurunun kabul edilebilmesi için başarı şansı bulunmalıdır. Yani Anayasa Mahkemesi başvuruyu daha baştan temelsiz ve dayanaksız görürse kabul edilmez bulabilir. Bu durumda, başvuru esastan incelenmeyecektir. Böyle bir durumda Anayasa Mahkemesi talep üzerine dosyayı Yüksek İdare Mahkemesi'ne gönderecektir.

- 
- İçtihadın somut olaya uygulanması sonucunda sorun çözülemiyorsa ya da ilgili hakka ilişkin birbiriyle çatışan yargı kararları varsa
  - Başvuru bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi kararlarına açıkça uymayı reddetmesine dayanıyorsa
  - Konu somut olayı aşıyorsa, söz konusu başvurunun anayasal önem taşıyor olduğu kabul edilebilir (Esen Arnwine, op.cit., s.109).

126 Karaman, op.cit., s.266.

127 Baamonde, op.cit., s.10.8

128 Esen Arnwine, op.cit., s.108.

Yine, Alman hukukuna göre, anayasa şikayeti başvurusu geçerlilik koşullarını taşıyor veya dayanaksız ise ya da karara esas teşkil eden hukuksal sorunun daha önceden daire kararı ile cevap bulduğu veya temel hak ihlalinin başvurucuya fazla bir yük getirmediği ve genel bir önem taşımadığı hallerde komite başvuruyu reddedebilecektir.<sup>129</sup> Komitenin redde ilişkin kararının gerekçeli olması gerekmemektedir.<sup>130</sup> Rusya Anayasa Mahkemesi ise, her ne kadar normatif bakımdan çok sınırlı bir kabul edilebilirlik incelemesi yapıyor gibi gözükse de, Mahkeme'nin kararlarında, bazı hallerde<sup>131</sup> başvurunun reddedileceği içtihat yoluyla düzenlenmiştir.<sup>132</sup>

## B. Geçici Tedbir Kararı

Anayasa mahkemelerinin verdiği geçici tedbir kararları ile, olağan kanun yollarınca verilmiş olan karar askıya alınmış olmaktadır. Anayasa mahkemelerine yapılan anayasa şikayeti başvurularının, kural olarak, erteleyici bir etkisi bulunmamakta; bu sebeple geçici tedbir kararları genellikle başvurucuların talebi üzerine verilmektedir.

İspanya'da başvurucunun, başvuruya konu olan kararın ya da işlemin uygulanmasını askıya alınmasını talep etme hakkını kullanabilmesi için, söz konusu karar ya da işlemin, başvurunun amacını ortadan kaldıracak ölçüde bü-

129 Buna karşılık bazı hallerde, başvuru geçerlilik koşullarını taşıyorsa ve hukuksal dayanağa sahipse, komite anayasa şikayetini esas bakımından inceleyip karara bağlayabilecektir. Ancak komitenin esasa ilişkin böyle bir inceleme yetkisinin oluşabilmesi için denetimin temel ölçütlerinin daha önceden daire içtihadı ile belirlenmiş olması gerekecektir. Bu sayede üzerinde Mahkeme'nin yerleşik içtihadının bulunduğu haller hakkında yapılan başvurular, Mahkeme önüne getirilmeksizin sonuçlandırılabilir. Bu mekanizma sayesinde Mahkeme'nin iş yükü azalacaktır (Hassemer, op.cit., s.5).

130 İbid., s.5.

131 Bu haller:

- 1- Yurttaşların kendi kişisel hak veya özgürlüklerini korumak için değil, ortak yararı ya da kamu yararını korumak için dava açmış olmaları hali
- 2- Başvuranın ilk derece mahkemesindeki davasının henüz görülmeye başlanmamış olması ve ilk derece mahkemesinin bu davada uygulayacağı normun henüz belirlenmemiş olması hali. Rusya hukuku, böylesi bir başvuru üzerine ilk derece mahkemesindeki davayı durdurarak anayasa yargısının görev alanına taşımayı kabul etmemiştir.
- 3- Anayasa hükümlerinin Anayasaya aykırılığı iddiasıyla yapılan başvurularla federal kanunların birbirine aykırılığı iddiasıyla yapılan başvurular reddedilmektedir.
- 4- Devlet organlarının hukuk dışı işlem ve eylemlerine karşı ya da genel mahkemelerin yanlış norm tercihine karşı yapılan başvurular reddedilmektedir.

132 Zorkin, op.cit., s.287.

yük bir zarara neden olması ihtimalinin bulunması gerekir.<sup>133</sup> Böyle bir askıya alma hali, dava sonuçlanıncaya kadar geçerliliğini sürdürecektir. Almanya’da ise tedbir kararı en çok altı ay süre için verilebilmektedir.<sup>134</sup>

Avusturya’da başvuru konusu idari işlemin yürürlüğünün durdurulmasında önemli bir sakınca yoksa ya da talebin reddini gerektirecek önemli bir kamu çıkarı bulunmuyorsa ya da askıya alınmaması halinde, başvurunun önemli ve giderilmesi zor bir zararının doğması söz konusu olacaksa; bu durumda Mahkeme, talep üzerine, dava konusu işlemin yürürlüğünün durdurulmasına karar verebilir.<sup>135</sup> Mahkeme, yürürlüğün durdurulmasına ilişkin kararını verirken; kararla sağlanan yarar ile kararın yürütülmesi halinde başvurucu üzerinde doğacak zarar arasında, çıkarlar dengelemesi yaparak kararını verir.

Venedik Komisyonu da, uygulanmaları halinde, onarılamaz ve önemli derecede büyük zararlara veya başka ihlallere yol açacak olan bireysel ya da normatif işlemlerin, uygulanmalarının askıya alınması gerektiğini belirtmiştir. Komisyon’a göre; askıya almanın şartları sıkı bir rejime tabi tutulmamalı, ancak askıya alma kararı verilirken, bu işlemlerin uygulanmamasının doğuracağı zararlar ve ihlaller göz önünde bulundurulmalıdır.<sup>136</sup>

### C. Esasa İlişkin İnceleme, Kararlar İle Bunların Etki ve Sonuçları

Anayasa mahkemelerinin anayasa şikayeti başvurularını incelemeleri sırasında genellikle başvurunun talepleri ile bağlı olmadıkları, inceleme sonucunda verdikleri kararların, ülkelere göre çeşitlilik göstermekle birlikte kesin nitelik taşıdığı görülmektedir. Keza Venedik Komisyonu da, anayasa mahkemelerinin verecekleri karar türlerinin belirlenmesi hususunun ülkelerin takdir yetkisi (margin of appreciation) alanında kaldığını belirtmiştir. Bununla birlikte, Komisyon, anayasa mahkemelerinin yorumlarının alt derece mahkemeleri de dahil olmak üzere tüm devlet organlarını bağladığına ilişkin bir

<sup>133</sup> Buna karşılık, İspanya Anayasa Mahkemesi başvurunun talebini kabul edebileceği gibi reddetme hakkına da sahiptir. Örneğin işlem veya kararın askıya alınması halinde üçüncü bir kişinin temel hak ve özgürlüklerinin kullanımı açısından açık ve ağır bir tehlikenin söz konusu olması halinde Mahkeme askıya alma talebini reddedebilecektir. Ayrıca, başvuru anayasa şikayeti başvurusu incelemesinin her aşamasında askıya alma talebinde bulunabilmektedir. Koşulların değişmesi üzerine Mahkeme vermiş olduğu ret veya kabul kararını inceleme süresince değiştirebilmektedir (Esen Arnwine, op.cit., s.104).

<sup>134</sup> Almanya’da bir kez tedbir kararı alındıktan sonra ikinci kez tedbir kararının verilebilmesi için Dairelerde üçte iki çoğunluğunun sağlanması gerekmektedir (Karaman, op.cit., s.295).

<sup>135</sup> Haller, op.cit., s.6.

<sup>136</sup> Venedik Komisyonu, Study No 538/2009, 27.01.2011, para 140.

hükümün açıkça öngörülmüş olmasının anayasa mahkemesi ile olağan mahkemeler arasındaki ilişkinin kesinliği bakımından önem arz ettiğini vurgulamıştır.<sup>137</sup>

Alman Anayasa Mahkemesi, başvuruyu, sadece başvuruda ihlal edildiği ileri sürülen temel hak açısından değil, Anayasa'da koruma kapsamında sayılan temel hakların bütünü bakımından re'sen inceler. İspanya'da da Mahkeme'nin ilgili dairesi amparo başvurusuna ilişkin olarak karar verirken tarafların ileri sürdüğü gerekçelerle ya da daha önceden Mahkeme'nin herhangi bir dairesinin vermiş olduğu karar ile bağlı değildir. Daire, daha önceki benzer kararlardan farklı bir sonuca varırsa bu durumda dosyayı Genel Kurul'a göndererek incelenmesini sağlar. Avusturya'da da, başvuru Anayasa ile güvence altına alınmış olan temel haklarının idari işlemlerin uygulanması sonucunda ihlal edildiği iddiasındaysa, Avusturya Anayasa Mahkemesi, Anayasa'da yer alan ve anayasa şikayetine konu olabilen bütün temel haklardan birinin ihlal edilmiş olup olmadığını re'sen incelemektedir. Bunun yanında Avusturya hukukunda özellik arz eden husus; Mahkeme'nin, ihlale neden olan idari işlemin dayanağı olan kanun hükmünün Anayasa'ya uygunluğu hususunda şüphe duyması halinde, norm denetimi prosedürünü re'sen başlatabilmesidir. Yani bu hallerde, Anayasa Mahkemesi, idari işleme ilişkin temel hak ihlaline dayalı olan başvuru ile sınırlı kalmayıp söz konusu idari işleme konu olan kanun hükmünün anayasaya uygunluk denetimini de yapabilecektir. Dolayısıyla norm denetimi hususunda da Mahkeme, başvuru konusunun gerekçesi ile sınırlı değildir. Buna karşılık başvuru, dilekçesinde yalnızca kanun hükmünün Anayasa'ya veya düzenleyici işlemin kanuna aykırılığı iddiasında bulunmuşsa, bu durumda Mahkeme, somut olaydaki idari işlemin temel haklara aykırılığı hususunda ayrıca inceleme yapmaz. Bu halde, başvuru bilinçli olarak yalnızca kararın dayanağına yönelik şikayette bulunduğundan, Mahkeme yalnızca genel norm hakkında anayasaya uygunluk denetimi yapacaktır. Avusturya Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen başvuruda, hem normun hem de idari işlemin anayasaya aykırılığı, Mahkemece re'sen veya başvuru konusunun talebi üzerine inceleme konusu yapılmışsa, Mahkeme öncelikle normun anayasaya uygunluğu hususunda inceleme yapmakta ve bu inceleme sonucu ortaya çıkacak olan sonuca göre, somut olayda yer bulan idari işlemin anayasaya uygunluğunu denetlemektedir.<sup>138</sup> Buna karşılık işleme kaynak oluşturan hukuk normunun hukuka uygun olduğu daha önce bir yargı kararı

<sup>137</sup> Ibid., para 165.

<sup>138</sup> Holzinger, op.cit., s.64.

ile belirlenmişse bu durumda başvuru, yalnızca, temel haklarından birinin bir bireysel işlem tarafından ihlal edildiği iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilecektir.

İsviçre hukukuna göre ise kural olarak dava dilekçesinde hangi temel hakkın ihlal edildiğinin açıkça belirtilmesi gerekliliği önemli bir işlev görmektedir. Şöyle ki; eğer iddia olunan temel hak için bir ihlal görülmezse Mahkeme diğer haklar açısından bir inceleme yapmamaktadır. Ancak yukarıda bahsedilen “vazgeçilmez ve zamanaşımına uğramaz haklar” bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Bu durumda, Mahkeme, incelemesini dilekçede yer almayan haklar açısından da yapacaktır, zira bu hallerde davacının her zaman dava açma ve hak ihlali iddialarını yeniden ileri sürme imkanı bulunmaktadır. Bu nedenle, İsviçre’de Federal Mahkeme, usul ekonomisi ilkesi gereği bu tip başvurularda incelemeyi tüm temel haklar bakımından yapar.<sup>139</sup>

Almanya’da Birinci ya da İkinci Senato’da görülen anayasa şikayeti davaları, kararların kesin olması sebebiyle iki senatonun birleşmesinden oluşan Genel Kurula (Plenum) götürülememektedir. İspanya’da ise Mahkeme’nin vereceği karar üzerine kanun yolları tükenecek olmakla birlikte, başvuru kararların açıklığa kavuşturulması talebinde bulunabilecektir. Bu talebin, kararın kendilerine tebliğinden itibaren iki gün içinde yapılması gerekmektedir. Bu yol, kural olarak her ne kadar karar düzeltme niteliği taşımasa da Mahkeme bu yolla karara ilişkin şekli hataları düzeltebilmektedir. İspanya’daki kararın açıklığa kavuşturulmasına ilişkin bu yol, ilk kararın kesin hüküm niteliğini ortadan kaldırmamaktadır.<sup>140</sup>

Anayasa mahkemelerinin verdikleri kararlar ülkelere göre çeşitlilik göstermektedir. Almanya’da Mahkeme, yasa kurallarını iptal edebileceği gibi, yasal bir düzenlemenin yalnızca “anayasayla bağdaşmazlığını” saptamakla da yetinebilir. Bu karar türü yargısal içtihatla geliştirilmiş olup zaman içinde Anayasa Mahkemesince de benimsenmiştir. Almanya’da bir ihmale karşı anayasa şikayeti başvurusunun kabul edilmesi halinde, kural olarak, Anayasa Mahkemesi belli eylemlerde bulunma yükümlülüğü getirememektedir. Ancak bazı durumlarda, özellikle Anayasa m.3/1’deki yasa önünde eşitlik ilkesinin yasayla ihlali halinde bu kuralın istisnası kabul edilmiştir. Bununla birlikte, Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu m.35’e göre, Mahkeme kararın hangi organ tarafından uygulanacağını, bazen de somut olayda uygulamanın nitelik ve biçimini belirtebilir. Bir yargı kararı ya da idari işleme karşı anayasa şika-

<sup>139</sup> Göztepe, op.cit., s.33

<sup>140</sup> Karaman, op.cit., s.327, dn.79



yetinde bulunulmuşsa, şikayetin kabulü halinde Mahkeme, yargı kararlarını ya da ihlal edici işlemin yanı sıra kanun yolları tüketilirken bu ihlali ortadan kaldırmayan, bu nedenle de ortadan kaldırılmamaları/iptal edilmemeleri halinde temel hak ihlalini sürdürecektir olan tüm işlem ve kararları kaldırır. Yani, Alman Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu ihlal kararlarında, başvuruya konu olan olağan kanun yolu kararını da iptal etme yetkisi bulunmaktadır.<sup>141</sup>

Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu m.36/1'e göre, Anayasa Mahkemesi'nin kararları federal ve eyalet anayasa organlarını, tüm mahkeme ve makamları bağlar. Tüm devlet organları açısından kararların yalnız hüküm fıkrası değil, gerekçeleri de bağlayıcıdır. Mahkeme kararlarının bağlayıcılığının yanı sıra, maddenin 2.fıkrasında kararların bazı durumlarda yasa gücünde olmasından söz edilmektedir. Buna göre bir anayasa şikayeti davasında Mahkeme bir yasayı anayasaya uygun ya da anayasayla bağdaşmaz ilan ettiği ya da iptal ettiği durumlarda kararın yasa gücünde olması söz konusudur. Bir yasanın anayasaya ya da federal hukuka uygun olmadığı, bununla bağdaşmaz ilan edildiği ya da iptal edildiği durumda karar, Federal Adalet Bakanlığı tarafından Federal Resmi Gazetede ilan edilir.<sup>142</sup>

İspanya Anayasa Mahkemesi'nin herhangi bir dairesi tarafından yapılan inceleme sonucunda ya ihlal kararı ya da anayasaya uygunluk kararı verilir. Mahkeme'nin vermiş olduğu ihlal kararlarında, tıpkı Alman hukukunda olduğu gibi, Mahkeme'nin ilgili başvuruya konu olan yasama, yürütme, yargı işleminin uygulanmasını sınırlayabileceği gibi, olağan kanun yolu kararını iptal etme yetkisi de bulunmaktadır.<sup>143</sup> Ayrıca Mahkeme, ihlal edilen hakla korunan menfaatin yeniden elde edilmesi için gerekli önlemleri de alabilmektedir. Buna karşılık İspanya Anayasa Mahkemesi'nin tazminata karar verme yetkisi bulunmamaktadır. Zira, Anayasa Mahkemesi'nin temel hakkın kamu gücü tarafından ihlal edildiğini tespit etmesi, ihlale uğrayan bireyin tatmin edilmesi için yeterli görülmektedir. İspanya'da kurumun düzenlenişi<sup>144</sup> bakımın-

141 Bir yargı kararı, kanun yolları tüketildikten sonra Anayasa Mahkemesi önüne getirilmişse, dava yeni bir karar verilmek üzere "yetkili" bir mahkemeye gönderilir. Anayasa'daki ifade, Anayasa Mahkemesi'nin davayı son derece mahkemesine göndermeye zorunlu olmadığına işaret etmektedir. Yani Mahkeme, davayı ilk derece mahkemesine de gönderebilir. Ancak bu gönderme, usul ekonomisine aykırı olmamalıdır. (Göztepe, Anayasa Şikayeti, s. 95.)

142 Ibid, s.95.

143 Esen Arnwine, op.cit., s.105.

144 2007 yılında Organik Kanun'da yapılan değişiklik sonucunda daha önceden Genel Kurul'a ait olan amparo başvurularını esaslan karara bağlama işlevi bölümlere verilmiştir. Başvuruların esaslan incelenmesi, Mahkeme'deki altışar kişiden oluşan iki bölümden birinde yapılır.



dan özellik gösteren hususlardan biri, komisyonlara verilen esasa ilişkin karar verme yetkisidir. Buna göre, Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihatlarının uygulanacağı başvurularda bölüme gidilmeksizin ilgili komisyon tarafından da karar verilebilmektedir.<sup>145</sup> Böylece Mahkeme'nin yükü hafifletilmektedir.

Avusturya hukukuna göre, Anayasa Mahkemesi'nin verebileceği kararlar; davanın reddi, şikayetinin esastan incelenmesinin reddi, istemin reddi, işlemin iptali kararlarıdır. Davanın reddi kararı genellikle anayasa şikayeti için öngörülen ön koşullardan birinin sağlanmaması halinde verilir. Böylece dava, esastan incelenmeksizin reddedilir. Başvurunun esastan incelenmesinin reddi kararı ise; başvurunun olumlu sonuçlanmasının muhtemel görünmediği veya ortada anayasal bir sorunun bulunmadığı gerekçesi ile verilmektedir. Başvurunun temelsiz olduğunun ilk bakışta anlaşıldığı hallerde ya da sorunun anayasanın yorumundan değil, kanun yorumundan kaynaklandığının açıkça anlaşıldığı hallerde, Mahkeme inceleme yapmaksızın başvuruyu reddedebilme yetkisini haizdir.<sup>146</sup> Bu karar tipi, Mahkemenin iş yükünün aşırı artması sonucunda 1980'lerde getirilen bir düzenleme ile mevzuata girmiştir. Anayasa Mahkemesinin başvurunun esastan incelenmesinin reddi kararını verebilmesi için, başvuruya konu uyuşmazlığın Danıştay'ın görev alanına giriyor olması ve böylece başvurunun Anayasa Mahkemesi'nden umduğu sonucu alamadığı takdirde İdare Mahkemesi'ne başvuruda bulunabilecek durumda olması gerekmektedir. İstemin reddi kararı, Anayasa Mahkemesi'nin yapacağı esastan inceleme sonucunda, başvuru sahibinin iddia etmiş olduğu hak ihlalinin veya hukuka aykırı normun uygulanmasından kaynaklanan hak ihlalinin olmadığı hallerde söz konusu olmaktadır. İşlemin iptali kararı ise, Mahkeme, başvuruya ilişkin olarak yaptığı esas incelemesi sonucunda işlem-den kaynaklanan bir hak ihlalinin ya da genel normun uygulanmasından kaynaklanan herhangi bir hak ihlalinin bulunduğu kanaatine varırsa verilecektir. Anayasa Mahkemesinin verdiği iptal kararları geçmişe etkilidir. Buna göre iptal edilen işlemden önceki hukuki durum yeniden tesis edilir.<sup>147</sup> İptal edilen işlem yerine, Anayasa Mahkemesi değil ve fakat ilgili idari makam Anayasa Mahkemesi'nin görüşlerini göz önünde bulundurarak karar almak zorundadır. Mahkeme tarafından inceleme sırasında yapılan norm denetimi sonucunda ilgili yasanın iptaline karar verilirse, bu durumda söz konusu iptal, norm de-

<sup>145</sup> Esen Arnwine, op.cit., s.110.

<sup>146</sup> Holzinger, op.cit., s.65.

<sup>147</sup> Holzinger, op.cit., s.66.

netimine yol açan olaya da uygulanacak şekilde geriye yürüyecektir.<sup>148</sup> İptal edilen kanun hükmü, başvuru konusu kararın çıkarılışı sırasında mevcut de-ğilmiş gibi idari işlemin yeniden yapılması gerekir.

Avusturya Anayasa Mahkemesi kendisine yapılan bir temel hak ihlaline ilişkin şikayetin açıkça başarılı olamayacağı kanaatinde ise veya talep üzerine söz konusu başvuruyu Yüksek İdare Mahkemesi'ne devredebilir.<sup>149</sup> Bu durum, Avusturya'da anayasa şikayeti kurumuna yalnızca idari işlemlere karşı başvurulabilmesinden kaynaklanmaktadır. Böylece, norm denetiminin veya temel hak ihlalinin söz konusu olmadığı daha basit nitelikli ihlallerde başvurunun idare mahkemesinde hakkını arayabilmesi hakkı saklı tutulmakta ve korunmaktadır. Bunun yanında, Anayasa Mahkemesi tarafından başvurunun reddedilmesi halinde olası temel hak kayıpları Yüksek İdare Mahkemesi bünyesinde yapılacak inceleme sonucunda ortadan kaldırılacaktır. Yapılan başvuru Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacak olan esas incelemesi sonucunda herhangi bir anayasaya aykırılık bulunmaması nedeniyle reddedilirse de başvurunun talebi üzerine şikayet Yüksek İdare Mahkemesi'ne devredilecektir. Anayasa Mahkemesi başvurunun şikayetini kabul edip idari kararı kaldırır ise bu durumda idare, kaldırılan işlemin yerine, Anayasa Mahkemesi'nin görüşü ile bağlı olmak suretiyle yeni bir karar almak durumunda kalacaktır. Buna karşılık, Anayasa Mahkemesi'nin kaldırma kararını verdiği tarihten sonra, idarenin yeni bir işlem tesis etmesine kadarki süreçte nesnel veya hukuksal duruma ilişkin yeni gelişmeler meydana gelirse, bu yeni gelişmeler ileri sürülerek, Mahkeme'nin görüşünün dışına çıkılabilmektedir. Avusturya Anayasa Mahkemesi'nin kabul ettiği ve özellik taşıyan bir diğer husus ise, norm denetimi sırasında, hakkında inceleme yapılan normun iptal edilmesi durumuna ilişkindir. Buna göre, Anayasa Mahkemesi'ne temel hakkın ihlaline ilişkin şikayette bulunulmuş ve bu inceleme sırasında Mahkeme, ihlali oluşturan işlemin dayanağı olan norma yönelik bir inceleme de başlatmış ve bu inceleme sonucunda, normun değişmesi veya iptal edilmiş olması hallerinde, söz konusu iptal ya da değişiklik geriye yürüyecektir. Bu sayede, söz konusu iptal ya da değişiklik norm denetimine yol açan olaya da uygulanmış olacaktır. Yukarıda anlatılan İspanya'daki düzenlemeden farklı olarak,

148 Haller, op.cit., s.7.

149 Venedik Komisyonu'na göre; anayasa mahkemesine başvuru, başvurunun durumunu değiştirmeyecekse, yani anayasa mahkemesinin kararı anayasal adaletin etkili bir şekilde sağlanması sonucunu doğurmayacaksa, başvuru reddedilmelidir (Venedik Komisyonu, Study No 538/2009, 27.01.2011, para 124). Böylece, AİHM'e başvuru için iç hukuk yollarının tüketilmesi şartı yerine getirilmiş olmakla başvuru süreci kısalmış olacaktır.

Avusturya Anayasa Mahkemesi'nin ihlal tespit etmesi halinde, başvuru için mahkeme masrafları için gider tazminatına ve yol masrafları için tazminata hükmedilmektedir.<sup>150</sup> Venedik Komisyonu, anayasa mahkemelerinin çoğunun bireyin uğradığı zarar bakımından tazminata hükmetme yetkisine sahip olmayıp, bunun genel mahkemelere bırakılmasını eleştirmektedir. Komisyon, anayasa mahkemelerinin kararlarının anayasaya aykırılık arz eden ve temel hakları ihlal eden normatif ve bireysel işlemleri tespit edici özellikte olmalarının yanı sıra, aynı zamanda ihlal sebebiyle meydana gelen zararların tazminini de içerecek nitelikte olması gerektiği görüşündedir. Anayasa mahkemelerinin zararlarının tazminini içeren türden kararları AİHM case-law'a göre etkili bir iç hukuk yolu olarak değerlendirilmektedir.<sup>151</sup>

Avusturya hukukunda yer alan, Anayasa Mahkemesi'ne ikinci başvuru imkanı olan bireysel başvuru sonucunda ise Mahkeme üç farklı karar verebilmektedir. Bunlar; başvurunun reddi, istemin reddi, kanunun iptali kararlarıdır. Buradaki kanunun iptali kararı, Anayasa Mahkemesi'nin bu kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasından itibaren geçerli olmaktadır. Yani, bu iptal kararı ileriye etkilidir. Bunun yanında Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının yürürlüğe girmesini 18 aya kadar erteleyebilme imkanı vardır.

Rusya'da ise, Anayasa Mahkemesi, 11 Kasım 2008 tarihli N556-O-R sayılı ve 27 Kasım 2008 tarihli N737-O-R sayılı kararlarında somut norm denetimi yapılırken kimi zaman yorumlu ret kararı verilebileceğini de kabul etmektedir. Bu hallerde, Mahkeme dava konusu kuralı ancak kendisinin kabul ettiği yorumla anayasaya uygun bulmaktadır. Bu durumdan çıkacak sonuçları şöyle sıralayabiliriz:

- 1- Rusya Anayasa Mahkemesi'nin belli bir yorumla anayasaya uygun bulunduğu kanun hükmü ancak bu yorumla geçerli olacak ve uygulanacaktır.
- 2- Anayasa'ya uygun bulunan bir kanunun anayasaya uygun bulunan bir yorumla uygulanmasını sağlamak da Anayasa Mahkemesi'nin yetkisi dahilinde olacaktır.
- 3- Anayasa Mahkemesinin yorumlu ret kararı kanunların anayasaya aykırılığının tespit edilmesi ile benzer sonuçlar oluşturacaktır. Buna göre kanunun Anayasa'ya aykırı bir yorumu nedeniyle yurttaşların anayasal hak ve özgürlüklerinin ihlaline yol açmış olan mahkeme kararları bozularak yargılamanın yenilenmesi sağlanmalıdır.<sup>152</sup>

<sup>150</sup> Karaman, op.cit., s.318

<sup>151</sup> Venedik Komisyonu, Study No 538/2009, 27.01.2011, para 199, 206.

<sup>152</sup> Zorkin, op.cit., s.289

Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi Hakkında Federal Kanununun 100.maddesine göre, Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı başvuru sonucunda haklı görülen başvurucu, görevli ve yetkili mahkemede hiçbir süre sınırı ile bağlı olmaksızın yargılanmanın yenilenmesi talebinde bulunabilecektir. Anayasaya aykırı bulunan bir işleme dayanarak önceden verilmiş mahkeme kararları için yargılamanın yenilenmesi şartlarının bulunup bulunmadığına görevli mahkeme karar verecektir. Nitekim, yürürlükteki usul kanunlarına göre somut bir davada uygulanan kanunun Anayasa Mahkemesince anayasaya aykırı bulunması halinde yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilecektir. Bu durum, Ceza Usul Kanunu m.413 ve Ticaret Usul Kanunu m.311 ve Medeni Usul Kanunu m.392'de yer almaktadır.<sup>153</sup>

İspanya 'da amparo başvurusu kural olarak yalnızca taraflar arasında etki doğurmaktadır. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu bazı kararlar herkes için bağlayıcı nitelik taşımaktadır.<sup>154</sup> Örneğin bir kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığını ortaya koyan kararlar, yalnızca başvurunun tarafları ile sınırlı etki doğurmayıp herkes açısından bağlayıcı olacaktır. Söz konusu kararlar, Resmi Gazete'de yayımlandığı günde kesin hüküm niteliğini alırlar ve yayımlarının ertesi günü yürürlüğe girerler. Bu kararlara karşı yeni bir başvuru imkanı bulunmamaktadır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararlara karşı ancak AİHM'ye gidilebilmektedir. Buna karşılık, Komisyonlar tarafından verilen esasa ilişkin kararlar bakımından, Almanya'da öngörülenin tersine, bölümler veya komisyonlar arasında uyumsuzluk çıktığında, bu içtihat farklılıkları komisyonlar arasında ise bağlı oldukları bölümler tarafından, bölümler arasında ise genel kurul tarafından çözüme bağlanacaktır.<sup>155</sup>

Venedik Komisyonu, anayasa mahkemelerince verilen kararların kişi bakımından etkilerinin değişiklik gösterdiğini, bunlardan erga omnes etkinin, Kıta Avrupası modeline dayanan anayasa mahkemelerinin verdikleri kararların tipik bir özelliği olduğunu belirtmiştir. Bir normun geçersiz ya da uygulanamaz hale getirilmesi ile sonuçlanan kararlar, herkes için etki doğurur (erga omnes) niteliktedir. Tam anayasa şikayeti kurumunun benimsendiği ülkelerde; anayasa mahkemesinin kararı, salt temel hakları ihlal eden bir bireysel işlemin kaldırılmasına ilişkin ise, bu kez taraflar arası etkiden (inter partes)

153 Ibid., s.289.

154 Esen Arnwine, op.cit., s.105.

155 Karaman, op.cit., s.328.

bahsedilecektir.<sup>156</sup> Bu durumda, başvuru konusu bireysel işlemin dayandığı norm anayasaya uygun olup, bu normun uygulanması anayasal hakları ihlal etmektedir. Ancak, inter partes etki yaratan bu kararın gerekçesi başka davalarda etkili olabilmektedir.<sup>157</sup> Komisyon, ayrıca bazı anayasa mahkemelerinin gelecekte söz konusu olacak idari ve yargı işlemlerinin iptal edilen işlemlerle benzerlik göstermeleri halinde geçersiz olacağını ilan eden kararlar da alabildiğine değinmiştir.<sup>158</sup>

Polonya<sup>159</sup>'da Anayasa Mahkemesi'nin başvurunun kabulü halinde verebileceği kararlar; muhakemenin yenilenmesi veya ilgili normun iptali kararıdır. Gerek hukuk gerek ceza davaları bakımından, başvuruya konu davaya temel teşkil eden hükmün anayasaya aykırılığına ilişkin Anayasa Mahkemesi kararı, ilgili mahkeme kararını otomatik olarak bozmamaktadır. Kişiler ilgili mahkemede, ek bir dava açarak tazminat isteminde bulunabilir.

#### **D. Başvuru Hakkının Kötüye Kullanılması**

Anayasa şikayeti kurumunun önemi nedeniyle, bireylerin anayasa şikayeti başvurusunda bulunurken iyi niyetli olmaları gerekmektedir. Anayasa şikayeti yolunu kabul eden devletler, başvuru hakkının kötüye kullanılması halini değişik şekillerde düzenlemiştir. Kötüye kullanım halinin düzenlenme amacı, başvuru hakkının ya da vekilinin rastgele başvurular yapmalarını ve böylece anayasa mahkemelerinin iş yükünü artırmalarını engellemektir.

Alman Anayasa Mahkemesine göre; bir başvuru açıkça kabul edilemez veya dayanaksız ise veya makul ölçütlere göre başarı şansı bulunmamaktaysa, bu durumda başvuru hakkının kötüye kullanılmasından bahsedilebilecektir. Başvuru hakkının kötüye kullanılması durumunda, Almanya'da hukuki özen yükünün ihlal edildiği gerekçesi ile başvurucuya para cezası verilmektedir. İspanya'da amparo başvurusu bakımından, kötüye kullanılma halleri için ayrıca yaptırım öngörülmemiştir. Buna karşılık, neden olunan masrafların karşılanması yönünde bir yaptırıma hükmolunabilmektedir. Avusturya'da

156 Karadağ örneği Venedik Komisyonu tarafından ilginç bir örnek olarak gösterilmiştir. Karadağ Anayasa Mahkemesi, yalnızca bir başvuru hakkının başvurusunun konusunu oluşturan ancak birçok kişinin hakkını ihlal eden bir bireysel işlem üzerinde karar verdiğinde, karar, tüm mağdurlar için etki doğurabilmektedir (Venedik Komisyonu, Study No 538/2009, 27.01.2011, para 186).

157 Ibid., para 167.

158 Ibid., para 186.

159 Bodnar, op.cit., s.119.

da, İspanya'daki gibi anayasa şikayeti başvurularının kötüye kullanım halleri için, ayrıca yaptırım öngörülmemekle birlikte, neden olunan maliyetlerin karşılanması şeklinde bir yaptırıma hükmedilebilmektedir.<sup>160</sup>

Venedik Komisyonu da bireylerin, anayasa şikayetine başvuru hakkını, iyi niyetle kullanmakla yükümlü olduklarını, aksi bir durumun ise, anayasal adaletin dejenerasyonuna sebep olacağını vurgulamıştır. Ülkelerin başvuru hakkının kötüye kullanılması karşısındaki uygulamalarının ise, takdir yetkileri içinde olduğundan, değişiklik gösterdiğini<sup>161</sup> belirtmiştir.

### E. Kanun Yolu Anayasa Şikayeti Ayrımı

Anayasa şikayeti yolu, mahkeme kararlarındaki her türlü hukuka aykırılığın incelenemediği bir süper temyiz yolu değil; Anayasa Mahkemesi'nin, temel hak ihlali iddialarının spesifik olarak anayasa hukuku ilkelerine göre incelediği bir yargı yoludur. Anayasa şikayeti kapsamında, mahkeme kararlarının yalnızca, anayasada yer alan ve başvuru konusu yapılabilen temel haklara aykırılıkları bakımından incelemesi yapılacak olup, diğer hususlarda inceleme yapılamayacaktır. Yani, Anayasa Mahkemesi'nin sınırlı bir denetim imkanı bulunmaktadır. Bunun bir sonucu olarak, anayasada yer alan ve başvuru konusu yapılabilen temel haklar dışında; kanun yolu sırasında gözetilmesi gereken iddiaları içeren başvurular anayasal önem taşımayacaklarından reddedileceklerdir.<sup>162</sup> Yüksek mahkeme niteliği taşıyan Anayasa Mahkemesi,

<sup>160</sup> Karaman, op.cit., s.273.

<sup>161</sup> Örneğin, Rusya Anayasa Mahkemesinin İşleyişi Hakkındaki Kanun m.9/4'e göre, başvuru Anayasa Mahkemesi'nin daha önce kararını verdiği bir konu üzerindeki başvurusunu tekrarlarsa, kararın kopyası dosyanın kapandığına ilişkin hatırlatma ile birlikte başvurucuya bir kez daha gönderilir. Bu başvuru, aynı konuya ilişkin bundan sonraki başvurularına ise cevap verilmez (Venedik Komisyonu, Study No 538/2009, 27.01.2011, para 119). Almanya'da ise Almanya Federal Anayasa Mahkemesi'ne İlişkin Kanun m.34/2'de, anayasa şikayeti başvurusunun hakkın kötüye kullanılması teşkil etmesi halinde, başvuru için 2600 Euro para cezası öngörülmüştür (Venedik Komisyonu, Study No 538/2009, 27.01.2011, dn: 124).

<sup>162</sup> Anayasa şikayeti yolu ile olağan kanun yollarını karşılaştırdığımızda karşımıza çıkacak olan temel fark, kanun yolunda kanunun ve usulün doğru uygulanıp uygulanmadığı denetlenirken; anayasa şikayetinde yargı kararı sonucunda bireyin anayasa şikayeti yolu ile güvence altına alınan temel haklar kataloğunda yer alan hakların ihlal edilip edilmediğinin inceleniyor olmasıdır. Kanunların doğru bir şekilde yorumlanması ve uygulanması olağan kanun yolları yargı mercilerinin görevidir. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi kanunları yorumlamaz ya da doğru uygulanıp uygulanmadığını incelemeyiz. Söz konusu kanunun somut olayda uygulanması sonucunda temel haklardan herhangi birinin ihlal edilmiş olup olmadığı hususu incelenmektedir. Yani kanunlar mahkeme ve idare tarafından doğru uygulanmış olsa dahi, bazı hallerde bireylerin temel haklarının ihlal edilmesi söz konusu olabilecektir (Karaman, op.cit., s.340).

Danıştay, Yargıtay arasında prensip olarak eşitlik ilkesi bulunmaktadır. Her mahkeme kendi görev alanı içinde kalacak olup, diğerinin yetki alanına müdahale edemeyecektir.

Avusturya hukukunda, eşit güçte oldukları kabul edilen üç mahkeme, bireysel işlemlerin kontrolü hususunda farklı yetkilere sahiptir. Yüksek Mahkeme, olağan yargı kararlarını; Yüksek İdare Mahkemesi, idari otoritelerce yapılan idari işlemlerdeki basit ve kanuna ilişkin aykırılıkları incelemektedir. Anayasa Mahkemesi ise, idari otoritelerce yapılan idari işlemlerdeki, anayasal hak ihlallerini incelemektedir. Bu üç ayrı yüksek yargı makamı tarafından verilen kararlar kesin nitelik taşımaktadır. Yüksek Mahkeme veya İdare Mahkemesi tarafından verilen kararların artık Anayasa Mahkemesi önüne getirilmesi mümkün değildir. Buna karşılık, açıklanan görev dağılımındaki asıl sorun, İdare Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesi'nin görev ayırımına ilişkindir. Zira, gerek İdare Mahkemesi, gerekse Anayasa Mahkemesi, idarenin işlemlerine karşı denetim yetkisine sahiptir. Eğer itiraz konusu aynı bireysel idari işlem ise, bu durumda başvuru her iki mahkemeye birden başvuruda bulunabilir.<sup>163</sup> Doktrinde benimsenen görüşe göre, Anayasa Mahkemesi, anayasa ile güvence altına alınan hakların ihlali halinde; İdare Mahkemesi ise, kanunlarca sağlanan, basit sübjektif hakların ihlali durumunda yetkili olmaktadır.<sup>164</sup> Yani, idarenin işlemlerine ilişkin olarak, Anayasa'da yer alan temel hakların ihlali söz konusu ise, bu durumda Anayasa Mahkemesi'ne başvurulacak olup<sup>165</sup>, temel hak ihlali olmaksızın salt kanuna aykırı bir idare işlemi bulunmaktaysa, İdare Mahkemesi yetkili olacaktır. Bunun yanında, idarenin işlemi hem Anayasa'daki temel hakkı ihlal ediyor, hem de kanuna aykırı ise; gerek Anayasa Mahkemesi'ne, gerekse İdare Mahkemesi'ne başvurulabilecektir.<sup>166</sup>

<sup>163</sup> Anayasa Mahkemesi idari işlemlerin başvuru sahibinin herhangi bir temel hakkını ihlal edip etmediğini ya da şikayet sahibinin herhangi bir hakkının genel bir normun uygulanması sebebiyle ihlal edilip edilmediğini denetlemektedir. Yani Anayasa Mahkemesi'nin denetim yetkisi, söz konusu idari işlemin Anayasa'ya uygun olup olmadığı hususu ile sınırlıdır. Buna karşılık Danıştay ihlale neden olan idari işlemlerin genel olarak hukuka uygun olup olmadığını, yani idari işlemlerin kanuna uygun olarak yerine getirilip getirilmediğini incelemektedir (Holzinger, op.cit., s.65).

<sup>164</sup> Karaman, op.cit., s.342.

<sup>165</sup> Başvuru sahibi, yapmış olduğu anayasa şikayeti başvurusunun esastan incelenmesinin reddedildiği hallerde, başvuru sahibinin bu yönde isteminin olması şartıyla, kanunlarda güvence altına alınmış olan herhangi bir hakkın ihlal edilip edilmediğinin tespiti için dosyayı Danıştay'a gönderir. Nitekim mevcut durumda Anayasa Mahkemesi'ne gelen başvuruların %80'i bu gerekçe ile reddedilmektedir (Holzinger, op.cit., s.65).

<sup>166</sup> Haller, op.cit., s.3.



Almanya’da ise, Anayasa Mahkemesi’nin süper temyiz makamı olmasını engellemek amacıyla, içtihat yoluyla, çeşitli düzenlemeler yapılmıştır.<sup>167</sup> Anayasa Mahkemesi’nin görevi, olağan kanun yollarının temel hak ve özgürlükler bakımından, anayasal sınırların dışına çıkıp çıkmadığını denetlemektir. Yani, Anayasa Mahkemesi’nin işlevi spesifik anayasa hukuku ihlalleri ile sınırlıdır. Buna karşılık, görevli mahkemelerdeki usule ilişkin meselelerin değerlendirilmesi, nesnel durumun tespiti ve değerlendirilmesi, anayasa altı hukukun yorumu ve tekil olaya uygulanması, bu konudaki görevli ve yetkili mahkemelerin işlevi olup, Anayasa Mahkemesi’nin denetimi dışındadır.<sup>168</sup> Anayasa Mahkemesi’nin ihlale ilişkin inceleme yapması için, ihlalin temel haklara aykırılıktan kaynaklanması gerekmektedir. Ayrıca, herhangi bir hukuk kuralının, olağan mahkemelerce, Anayasa’ya hakim olan düşüncelerle bağdaşmayan bir şekilde yorumlanması sonucu verilen mahkeme kararları da anayasa şikayeti başvurusuna konu olabilmektedir.<sup>169</sup> Anayasa Mahkemesi, bu husustaki başvuruları kabul ederek, hukuki dayanağı olmayan ve keyfi nitelikteki mahkeme kararlarının önüne geçmeyi amaçlamaktadır.<sup>170</sup> Nitekim, Alman Anayasa Mahkemesi, Yüksek Mahkeme’nin vermiş olduğu kararlara genel olarak saygılı olmakta ve sınırlı bir anayasallık denetimi yapmaktadır.<sup>171</sup>

167 Mahkeme bir kararında; “*Anayasa Mahkemesi, genel mahkemelerin kararlarının mevcut yasalara göre doğru olup olmadığını incelemez. Kararların mevcut yasalar çerçevesinde doğru olarak verilip verilmediğini inceleme görevi uzman mahkemelere aittir. Buna göre Anayasa Mahkemesi yalnızca yorum veya uygulama yanlışlıklarının anayasal bir temel hakla ilgili olup olmadığını, özellikle bir temel hakkın koruma alanının kapsamıyla ilgili olarak anayasal açıdan yanlış bir değerlendirmeye dayanıp dayanmadığını ve bu yanlış değerlendirmenin somut olay açısından belirli bir ağırlığa sahip olup olmadığını kontrol eder.*” şeklinde tespitite bulunmuştur (Karaman, op.cit., s.343).

168 Hassemer, op.cit., s.5.

169 Mellinghof, op.cit., s.40.

170 Heck formülüne göre; “*Federal Anayasa Mahkemesi sadece bir temel hakkın anlamı konusunda, özellikle de koruma alanının sınırları konusunda, ilke olarak yanlış bir değerlendirmeden kaynaklanan ve somut uyumsuzluk için belirleyici önem taşıyan bir yorum hatası olup olmadığına bakar.*” (Karaman, op.cit., s.292, dn.199).

171 Almanya’da Anayasa Mahkemesi ile diğer olağan kanun yollarının yetkilerinin karışması 1957 yılında Anayasa Mahkemesince verilen Elfes Kararına dayanmaktadır. Alman Anayasası’nın 2. maddesine göre, herkesin kişiliğini serbestçe geliştirme hakkı (genel eylem özgürlüğü) bulunmaktadır. Bu özgürlük, kişiliği geliştirmede oynadığı role ya da taşıdığı öneme bakılmaksızın insan davranışının her türlüünü korumaktadır. Anayasa, bireyin eylemlerinin bütününi koruma altına almaktadır. Dolayısıyla söz konusu hak, isimsiz pek çok hakka temel hak niteliği kazandırmaktadır. Bu özgürlüğün bir sonucu olarak, kişinin hareket özgürlüğünü kısıtlayan ve sadece yasalara ilişkin her yanlış uygulama temel hak ihlali sonucunu doğurmaktadır. Yani kanunun yanlış uygulanması halleri bizi temel hak ihlali sonucuna götürmektedir.



Yüksek Mahkemeler arasında gerginliğin yaşandığı bir diğer ülke ise İspanya'dır. Anayasa Mahkemesi'nin incelediği başvurular sonucunda İspanya Yargıtayı'nın pek çok kararı iptal edilmiştir. İspanya hukukuna göre, Anayasa Mahkemesi ile Yüksek Mahkemelerin görev ayrımı şu şekilde yapılabilmektedir: Anayasa'nın nihai yorumu ve kanunların Anayasa'ya aykırılığı konusunda nihai karar verme yetkisi, Anayasa Mahkemesi'ne aittir. İspanya hukuku, Anayasa'nın bütün kamu makamlarınca korunması ve üstün tutulması anlayışını benimsemiştir. Kanunların Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesi yetkisinin, münhasıran Anayasa Mahkemesi'ne tanınmış olması, anayasanın üstünlüğünü koruma gereksiniminden kaynaklanmaktadır. Buna karşılık, İspanya tarafından benimsenen Kelsenci sistemde, anayasanın üstünlüğü ilkesi, yalnızca yasama organına karşı değil; aynı zamanda yürütme ve yargı organına karşı da güvence altına alınmaktadır.<sup>172</sup> Dolayısıyla Anayasa hükümlerinin hayata geçirilmesi hususunda Anayasa Mahkemesi tek yetkili makam değildir, ancak ek bir güvence getirmektedir. Yani, olağan kanun yollarında çözüme kavuşturulamayan Anayasa'ya aykırılıkların çözümü için oluşturulmuş yeni bir yoldur.<sup>173</sup> Ek bir koruma sağlamasının bir sonucu olarak, Anayasa Mahkemesi'nin, ancak kendisine özel olarak yetki verilen sınırlı alan içinde hareket edebileceği söylenebilir. İspanya hukuku, Anayasa Mahkemesi'nin, olağan yargı makamlarının yargı yetkisi dışında kalan sorunlar bakımından çözüm getirmesini veya olağan mahkemelerce çözümlenemeyen anayasal uyuşmazlıklar için, ek bir güvence niteliği taşıdığını kabul

---

Ayrıca yine bu düzenleme sonucunda, temel hak ihlallerine sebep olduğu iddiası ile kanunların hem şekil hem de esas açısından Anayasa'ya uygunluğu hususu denetleme konusu olmaktadır. Böylece her birey genel eylem özgürlüğüne sınırlama getirmekte olan her Anayasa'ya aykırı kanunu anayasa şikayeti yolu ile Mahkeme önüne getirebilecektir. İşlemin temelindeki yasanın hangi yönü ile Anayasa'ya aykırı olduğu önem taşımamaktadır. Kişiliği geliştirme hakkının geniş yorumla ele alınması hallerinde Anayasa Mahkemesi'nin denetim alanı aşırı olarak genişlemekte, bu nedenle de anayasa şikayeti denetiminde Anayasa'nın bütün hükümlerinin göz önünde bulundurulmasına neden olmaktadır. Bu genişleme nedeniyle Anayasa Mahkemesi'nin süper temyiz makamı gibi hareket ettiği ileri sürülmektedir (Mellinghof, op.cit., s.37). Yukarıda yapılan açıklamalar ve özellikle kişiliği geliştirme hakkından kaynaklanan neticeler göz önünde bulundurulabilir ki, Almanya'da Anayasa Mahkemesi kendi kendini sınırlama yönünde bir anlayışı benimsemiştir. Nitekim Alman Anayasa Mahkemesi içtihatları ışığında bütün yetki kuralları, usul düzenlemeleri, hukuk devleti ve ölçülülük ilkesi anayasa şikayeti yolunda bir ölçüt haline gelmektedir. Böylece Anayasa şikayeti yolu, objektif hukuk normunun denetlendiği, bir nevi soyut norm denetimi haline dönüşmektedir (Mellinghof, op.cit., s.38).

172 Baamonde, op.cit., s.104.

173 Baamonde, op.cit., s.105.

etmektedir.<sup>174</sup> Yani, temel hak ve özgürlüklerin korunması, öncelikle olağan kanun yollarında sağlanmaya çalışılacak olup; bu korumanın sağlanamaması halinde, Anayasa Mahkemesi yetkili olacaktır.<sup>175</sup>

Venedik Komisyonu da; merkezileşmiş anayasaya uygunluk denetiminin olduğu sistemlerde, anayasa mahkemeleri ile diğer yüksek mahkemeler arasında yetki alanları sebebiyle gerilimin neredeyse kaçınılmaz olduğunu belirtmiştir. Komisyon, sözü edilen raporunda; anayasa mahkemelerinin bu gerilime karşı, süper temyiz mahkemeleri haline gelme ve genel mahkemelelerin kanunları olağan uygulayış tarzlarına müdahale etme yönünde bir tavırdan kaçınmaları gerektiğini ifade etmiştir. Ayrıca raporda, anayasa mahkemelerinin, diğer yüksek mahkemelerle ilişkisinin, açık mevzuat hükümleriyle belirlenmesi önerisine de yer verilmiştir. Komisyon'a göre; bir anayasa mahkemesi yalnızca, anayasayla ilgili konulara bakmalı ve hukukun olağan yorumlanması işini genel mahkemelere bırakmalıdır. Bu şekilde, anayasa mahkemelerinin görev alanının çerçevesinin çizilmesi, hem anayasa mahkemelerinin iş yükünün azalması bakımından, hem de genel mahkemelerin yargılamalarına saygının sağlanması bakımından önem arz etmektedir. Ancak Komisyon, özellikle genel mahkemeler önündeki yargılamalar esnasında, adil yargılama hakkının ihlalinin gündeme geldiği davalarda, anayasa mahkemelerinin yetki sınırını oluşturan "anayasayla ilgili konuların" çerçevesini çizmenin, her zaman kolay olmadığını da altını çizmiştir.<sup>176</sup>

## SONUÇ

Yukarıdaki anayasa şikayeti mekanizmasına ilişkin farklı deneyimler bu başvuru yolunun dünyanın değişik coğrafyalarında farklı şekilde uygulanmakta olduğunu ortaya koymaktadır. Bu bağlamda farklı coğrafyalarda yer alan farklı ülkelerin mekanizmaları incelendikten sonra birtakım ortak hususların olduğuna değinmek yerinde olacaktır.

Yukarıda detaylı olarak incelendiği üzere farklı ülkelerdeki anayasa mahkemeleri başvuru yapabilecek kişileri geniş olarak ele almış, salt vatandaşlarla sınırlı tutmayıp yabancı ve vatansızları da başvuru hakkının kapsamına almıştır. Yine dikkat çeken bir diğer husus ise ülkelerin tamamına yakınında özel hukuk tüzel kişilerine başvuru hakkı verilirken, kamu hukuku tüzel ki-

<sup>174</sup> Karaman, op.cit., s.348.

<sup>175</sup> Aslında İspanya'daki anayasal yargı sisteminin mantığı, olağan koruma mekanizmasıyla ortadan kaldırılamayan Anayasa ihlallerinin sıradanlaşmasını ve kural haline gelmesini engellemektir (Baamonde, op.cit., s.109).

<sup>176</sup> Venedik Komisyonu, Study No 538/2009, 27.01.2011, para 211.

şilerine bu hakkın verilmemiş olmasıdır. Buna karşılık anayasa mahkemeleri içtihat yoluyla kamu tüzel kişilerine büyük ölçüde başvuru hakkı vermiştir. Özellikle yerinden yönetim kuruluşları ile özerk kuruluşların başvuru hakkının bulunduğu üzerinde doktrinde görüş birliği bulunmaktadır. Bir diğer ortak nokta ise, başvuru hakkının yargı kararlarına ve idarenin düzenleyici ve bireysel işlemlerine karşı tanınmış olmasıdır. Yukarıda incelenen ülkelerin tamamında bu işlemlere karşı başvuru hakkı bulunurken, güncel ve doğrudan uygulanan kanun hükümlerine karşı başvuru hakkı her ülkede açık değildir.

Başvuru hakkına referans teşkil eden ölçü normlar bakımından ise ülkeler arasında görüş birliğinin bulunduğu söylenemez. Bazı ülkelerde tüm anayasal normlara hatta, Anayasa'da olmayan temel haklara ve hatta uluslararası antlaşmalara dayanılarak başvuru hakkı verilmişken, bazı ülkelerde katalog olarak sınırlandırılmış olan haklar referans gösterilerek başvuru yapılabilmesi mümkündür. Başvuruya referans teşkil edecek hakları kısıtlayan ülkelerde dikkat çekici olan husus ise genel olarak devlete edim yükümlülüğü getiren sosyal ve ekonomik hakların kapsam dışında tutulmuş olmasıdır.

Yine inceleme sonucunda ülkelerin tamamına yakınında anayasa şikayeti başvurularında ön inceleme prosedürünün uygulandığı ortaya çıkmaktadır. Zira gerek referans teşkil eden hakların geniş tutulmasının, gerekse başvuru hakkına sahip olan kişilerin geniş yorumlanmasının bir sonucu olarak anayasa şikayeti başvurularının sayısı çok yüksek olmuştur. Bu durum Anayasa Mahkemelerinde ağır bir iş yükünün oluşmasına neden olmuştur. Ülkeler mahkemelerin çalışamaz hale gelmesinin bir sonucu olarak ön inceleme yolu ile yapılan başvuruların sınırlandırılmasını öngören düzenlemeler getirmiştir. Pek çok ülkede iç hukuk yollarının tüketilmiş olması, kabul edilebilirlik bakımından şart olarak ortaya konulmuştur. Bunun yanında özellikle bu başvuru yolunun etkili olarak kullanıldığı ülkelerde başvuru sayısının sınırlanabilmesi için, ön inceleme aşamasında, anayasal değer taşıma kriteri uygulanmaktadır. Bu sayede sadece Anayasa'nın ve temel hak ve özgürlüklerin uygulanması bakımından önem taşıyan ve yorum gerektiren hususlarda inceleme yapılması öngörülmüştür. Buna karşılık, anayasal önem taşımayan ve iç hukuk yollarında çözüme kavuşturulabilecek olan hususların Anayasa Mahkemesi önüne çıkarılması engellenmiştir.

Öte yandan dikkat çekici olan bir diğer husus ise incelenen ülkelerin büyük bir çoğunluğunda anayasa şikayeti incelemesi sırasında, Mahkemelerin geçici tedbir alma hakkının bulunmasıdır. Mahkemeler inceleme sırasında, meydana gelebilecek daha ağır zararları önleyebilmek bakımından söz konusu kamu gücü eylem veya işleminin uygulanmasının durdurulmasına karar

verebilecektir. Buna karşılık incelenen ülkelerin tamamına yakınında başvuru yolunun kötüye kullanılmasına karşılık tazminat sorumluluğu öngörülmemiş, ancak bu kişilerin yol açtıkları masrafları karşılamaları öngörülmüştür. Son olarak dikkat çeken bir diğer husus incelenen ülkelerin büyük çoğunluğunda başvuru yapılırken avukat bulundurma zorunluluğunun söz konusu olmasıdır. Bu durum başvurunun etkili olarak yapılabilmesi için pek çok ülke tarafından öngörülen bir husustur.

Son olarak belirtmek gerekir ki, ülkemizde yer alan bireysel başvuru yolu Alman hukukundaki düzenleme ile İspanya'daki amparo yolunun özelliklerini taşımaktadır. Ülkemiz açısından çok yeni olan bu başvuru yolunun etkili olarak uygulanabilmesi için özellikle bu iki ülkedeki mekanizmaların nasıl işledikleri, incelemelerin ne kapsamda geliştiği ve oluşturdukları içtihatların dikkate alınması yerinde olacaktır. Bu sayede hukukumuzda çok yeni olan bu başvuru yolundaki olası olumsuzluklar daha baştan engellenebilecektir.

## KAYNAKÇA

- Arnwine, Selin Esen, “İspanya’da Bireysel Başvuru Yolu”, AÜSBFD, 52(4), 2003
- Arnwine, Selin Esen, “İspanya’da Amparo Başvurusu ve Türkiye”, Anadolu Üniversitesi, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkı Sempozyumu, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Basımevi, 2011
- Baamonde, Maria Emilia Casas, “Amparo Başvurusu”, Anayasa Yargısı, S.26, Ankara: AYM, 2009
- Bodnar, Adam, “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru (Doğu Avrupa Deneyimi)”, Anadolu Üniversitesi, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkı Sempozyumu, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Basımevi, 2011
- Gören, Zafer, “Anayasa Şikayeti: Külfetsiz, Masrafsız ve Sonuçsuz”, Prof Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, C.II, Ankara: Yetkin, 2008
- Göztepe, Ece, Anayasa Şikayeti, Ankara: AÜHF, 1998
- Haller, Herbert, “Anayasa Şikayeti ve Buna İlişkin Sorunlar (Avusturya’da Temel Hak Şikayeti Hakkında Rapor)”, Anayasa Yargısı, S.26, Ankara: AYM, 2009
- Hassemer, Winfried, “Anayasa Şikayeti ve Buna İlişkin Sorunlar (Almanya’da Temel Hak Şikayeti Hakkında Rapor)”, Anayasa Yargısı, S.26, Ankara: AYM, 2009
- Holzinger, Gerhart, “Avusturya Anayasa Hukukunda Anayasa Şikayeti ve Bireysel Başvuru”, Anayasa Yargısı, S.26, Ankara: AYM, 2009
- Mellinghof, Rudolf, “Federal Almanya Cumhuriyetinde Anayasa Şikayeti”, Anayasa Yargısı, S.26, Ankara: AYM, 2009
- Karaman, Ebru, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2013
- Paczolay, Peter, Anayasa Şikayeti: Bir Karma Çözüm mü?”, Anayasa Yargısı, S.26, Ankara: AYM, 2009
- Pekcanitez, Hakan, “Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikayeti”, [http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa\\_yargisi/anyarg12/pekcanitez.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg12/pekcanitez.pdf), (Erişim Tarihi: 24 Eylül 2013)
- Sağlam, Fazıl, “Anayasa Şikayeti-Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar”, Demokratik Anayasa, Der. Ece Göztepe, Aykut Çelebi, İstanbul: Metis, 2012
- Sağlam, Fazıl, “Türk ve Alman Hukukları Açısından Anayasa Yargısının Soruları”, Erdoğan Teziç’e Armağan, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi

Zorkin, Valery, “Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Bireysel Başvuru”, *Anayasa Yargısı*, S.26, Ankara: AYM, 2009

European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), *Study on Individual Access to Constitutional Justice*, CDL-AD (2010)039

European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), *Opinion on the Law on the Establishment and Rules of Procedure on the Constitutional Court of Turkey*, CDL-AD (2011)040

# ÖZEL HUKUK





# Bir Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığında Temyiz İncelemesi Sırasında Yeni Delil Gösterilip Gösterilemeyeceği Sorunu

Dr. Nur BOLAYIR\*

## I- İnceleme Konusu Karar

İnceleme konusu karar, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 27.02.2013 tarih ve 9-842/291 sayılı ilâmına ilişkindir<sup>1</sup>. Söz konusu kararın tam metni aşağıda verilmiştir.

Taraflar arasındaki “işçi alacağı” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda Kadıköy 3. İş Mahkemesince davanın reddine dair verilen 17.03.2009 gün ve 2007/205 E., 2009/136 K. sayılı kararın incelenmesinin davalı vekiline istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 31.10.2011 gün ve 2009/27568 E., 2011/41842 K. sayılı ilâmı ile;

(...A) Davacının İsteminin Özeti: Davacı kıdem, ihbar tazminatı, fazla mesai ücreti, yıllık izin ücreti, maaş farkı ücreti alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

B) Davalının Savunması: Davalı davacının taleplerinin yersiz olduğunu emeklilik nedeniyle işten kendisinin ayrıldığını, alacakları için ibraname verdiği belirterek davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti: Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

\* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

<sup>1</sup> Karar yayınlanmamıştır.

D) Temyiz: Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanunî gerektirici sebeplere göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davalı vekili temyiz dilekçesi ekinde ibraname örneği ibraz etmiştir.

İbraname, ödeme def'i niteliğinde olup, her zaman ileri sürülebilir. Bu nedenle, temyiz aşamasında ibraz edilen ibraname aslı getirilip altındaki imza ve muhtevası davacıya açıklatılıp, ödemenin varlığının belirlenmesi halinde bu miktarın davacının belirlenen alacaklarından mahsubu gerekmektedir.

3- Kabule göre de kısmî dava dilekçesinde talep edilen alacakların faiz isteği olmamasına rağmen bu alacaklara faiz yürütülmesi ayrı bir bozma nedenidir,...)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Taraf vekilleri

## HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava kıdem, ihbar tazminatı, fazla mesai ücreti, yıllık izin ücreti, maaş farkı ücreti alacağı istemine ilişkindir.

Davacı vekili, davacının davalı şirket bünyesinde 2005 yılının Temmuz ayında çalışmaya başladığını, 18.06.2007 tarihinde hiçbir gerekçe gösterilmeksizin iş akdinin feshedildiğini, iş yerinde şoför olarak çalışan davacının en son aldığı ücretin 700,00 TL. olduğunu, çalışmasının sabah 8:00-akşam 21:00-22:00 saatleri arasında olduğunu, cumartesi-pazar çalışmanın devam ettiğini, yıllık ücretli izin verilmediği gibi ücretlerinin de ödenmediğini, işveren tarafından 2007 yılı Ocak ayından itibaren % 30 ücret arttırımı yapma sözü verildiği, ama zam yapılmadığını maaş farklarının da ödenmesi gerektiğini ileri sürerek 700,00 TL. kıdem tazminatı, 700,00 TL. ihbar tazminatı, 500,00 TL. fazla mesai ücreti alacağı, 200,00 TL yıllık ücretli izin alacağı ve 250,00 TL. maaş farkı alacağının tespiti ile davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı Elektromed Elektronik Cihazlar Dağıtım Nakliyat İnş. Tic. ve San. Ltd. Şti. vekili, davacının Temmuz 2005 tarihinde çalışmaya başladığı iddiasının doğru olmadığını, ilk defa 15.12.2005 tarihinde çalışmaya başladığını, öncesinde farklı iş yerlerinde çalıştığını gösterir SSK kayıtları bulunduğunu, davalıya ait iş yerinden 18.06.2007 tarihinde ayrıldığını, son aldığı ücretin 700,00 TL. olduğu iddiasının doğru olmadığını, asgari ücret ile çalıştığını ve son ücretinin 562,50 TL. olduğunu, iş yerinden ayrılırken kıdem ve ihbar tazminatını aldığını ödemelerin makbuz karşılığı yapıldığını, yıllık izin ücretlerini de aldığından bu konuda alacağı bulunmadığını, fazla çalışma iddiasının da gerçeği yansıtmadığını ileri sürerek davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece davacının yıllık izinlerini kullandığına ilişkin imzalı izin defteri ve yazılı belge davalı tarafından dosyaya ibraz edilemediği, davacının aldığı ücrete belli dönemlerde belirli oranlarda zam yapılacağına ilişkin davalı ile aralarında düzenlenmiş yazılı hizmet sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi veya işyeri yönetmeliğinin bulunmadığı, davacının bilirkişi raporu ile tespit edilen miktarlarda, kıdem tazminatı, fazla mesai ücreti alacağı, yıllık ücretli izin alacağı bulunduğu, hesaplanan fazla mesai ücretinden işçinin raporlu ve izinli olduğu günler göz önünde bulundurularak Borçlar Kanunu'nun 43. ve 44. maddesi gereğince taktiren %20 hakkaniyet indirimi yapıldığı, maaş farkı alacağının bulunmadığı gerekçesiyle maaş farkı alacağının reddi ile ihbar tazminatı, kıdem tazminatı ve fazla mesai ücreti alacağı davasının kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Karar, Özel Dairece yukarıda belirtilen nedenle bozulmuştur.

Yerel Mahkemece, önceki gerekçelerle ve ayrıca davalı vekilinin yargılamanın hiçbir aşamasında ibraname diye bir belgeden bahsetmediği, temyiz dilekçesinde belirterek ibraname belgesini ibraz ettiği, yargılama aşamasında mahkemenin haberdar olmadığı bir belge olan ibranameye dayanılarak, ibranamenin ödeme def'i olup her zaman ileri sürülebileceği belirtilerek, bozma sebepleri dışında mahkememizin kararının bozulduğu, söz konusu ibranamenin mahkememizin kararını verdiği 17.03.2009 tarihinden çok önce 25.06.2007 tarihini taşıdığı, mahkeme kararı verildikten sonra ortaya çıkan bir ödeme def'i olmadığı, bir belgenin ödeme def'i bile olsa ileri sürülmesinin belirli bir zaman dilimi içerisinde olması gerektiği, aksi takdirde uzun yargılamalardan şikâyet eden vatandaşların serzenişlerinin önüne geçilemeyeceği, yargılamanın 1,5 yıl süresi içerisinde ileri sürülmeyen bir delilin Yüksek Mahkeme tarafından temyiz dilekçesinde ekli olarak sunulması üzerine bozma sebebi yapılamayacağı gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Mahkemenin direnmeye ilişkin kararı, taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, davalı tarafından temyiz aşamasında “ibraname” başlıklı yeni bir belge ibraz edilmesi karşısında, bu belgenin davacı tarafından imzalanıp imzalanmadığının araştırılmasına gerek olup olmadığı noktalarında toplanmaktadır.

Kural olarak, yargılama aşamasında dayanılıp sunulmayan deliller, temyiz veya karar düzeltme aşamasında sunulamazlar; sunulmuş olsalar bile, bu aşamalardaki incelemeler sırasında dikkate alınamazlar. Bu kuralın tek istisnası, dayanılıp sunulan delilin, o davaya konu borcu söndüren bir nitelik taşıması; örneğin, davaya konu borcun ödenmiş olduğunu gösteren makbuz, ibraname gibi bir belge olmasıdır.(Hukuk Genel Kurulu’nun 05.04.2000 gün ve 2000/11-745 E.-734 K., 28.05.2003 gün ve 2003/13-354 E.-368 K., 27.01.2010 gün ve 2009/9-586 E., 2010/31 K. sayılı Kararları).

İbra sözleşmesi, İş Kanunu ve Borçlar Kanunu’nda düzenlenmediği halde özellikle iş hukuku uygulamasında önemli bir yere sahiptir. Gerek öğretilerde ve gerekse Yargıtay uygulamasında borcu sona erdiren hallerden birisi olarak kabul edilmektedir. İbra, alacak ve borcu doğrudan doğruya ve kesin olarak ortadan kaldırmaktadır. Tam ibrada borcun tamamı, kısmî ibrada ise borcun ibra edilen kısmı sona ermektedir. Bunun sonucu olarak da, borçlu borcundan kısmen ya da tamamen kurtulmaktadır

Öte yandan, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun ( Mülga Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nun 188.)114. maddesinde, “Hâkimin re’sen nazarı dikkate alması kanunen iktiza eden hususlar” deyimini ile dava şartlarının kastedildiği ve bu nedenle dava şartlarının mahkemece kendiliğinden gözetileceği hususu öğretilerde de kabul edilmektedir. (Prof. Dr. Baki Kuru; Hukuk Muhakemeleri Usulü, 2001 Bası, Cilt 2, s.1343, Prof. Dr. Saim Üstündağ; Medeni Yargılama Hukuku Cilt I-II-İst. 1997 s.28 ve 871). Bu noktada, dava hakkının bir anlamda dava şartı olduğu da dikkate alınmalıdır. Dava hakkının varlığı ya da yokluğunun incelenmesinin, doğrudan hâkime verilmiş ödevlerden olması karşısında, Yüksek Özel Dairece, önceden ileri sürülmemiş olsa bile temyiz aşamasında dava şartının var olup olmadığını kendiliğinden gözetmesinde bir usûlî engel bulunmamaktadır.

Davanın hukuksal niteliği ve somut olayın özelliği gereği davalı, temyiz aşamasında dava konusu borcu söndüren nitelikte bir belge vermişse, bu belge üzerinde gerekli inceleme yapılmak suretiyle bir karar verilmesi gerekir. Diğer bir anlatımla yargılama aşamasında, borcu itfa eden belge değerlendirildi-

riilmeye alınmalıdır. Gerçekten de, yargılamada davayı inkâr eden davalının savunması borcun bulunmadığı savunmasını da kapsar. O nedenle, davalının borcun ne sebeple bulunmadığını açıklama ve iddianın aksine, delillerini ikame etme hakkının ortadan kalktığından söz edilemez. Belirtilen nedenlerle, temyiz aşamasında sunulan ve borcu söndüren bir belgenin varlığı karşısında savunmanın genişletilmesi yasağından söz edilemeyeceğinin (HMK 140, mülga HUMK. Md. 202) kabulü zorunludur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 09.02.2011 gün, E:2011/13-29 K:2011/56 sayılı kararında da aynı ilke benimsenmiştir.

Somut olayda, davalının temyiz dilekçesi ekinde ibraz ettiği 25.06.2007 tarihli ibraname, görülmekte olan davaya konu borcu söndürebilecek bir nitelik taşımaktadır.

Hal böyle olunca; Yerel Mahkemece, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyularak, davalının temyiz sırasında ibraz ettiği ibranamenin incelenmesi ve sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken; yanılığılı gerekçeyle önceki kararda direnilmesi usûl ve yasaya aykırıdır.

Direnme kararı bozulmalıdır.

**SONUÇ:** Taraf vekillerinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6217 sayılı Kanunun 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici Madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, 5521 sayılı Kanun'un 8/son maddesi uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 27.02.2013 oybirliğiyle karar verildi

## **II- Olayın Özeti**

Karara konu olan olayda davacı kıdem, ihbar tazminatı, fazla mesai ücreti, yıllık izin ücreti, maaş farkı ücreti alacağıının ödetilmesine karar verilmesi istemiyle dava açmış; davalı ise, davacının taleplerinin yersiz olduğu, emeklilik nedeniyle işten kendisinin ayrıldığı, alacakları için ibraname verdiği gerekçesiyle davanın reddi talebinde bulunmuştur. Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almış; bunun üzerine kararı temyiz eden davalı vekili temyiz dilekçesi ekinde ibraname örneği ibraz etmiştir. Özel Daire tarafından

davalının temyiz sırasında ibraz ettiği ibranamenin incelenmesi ve sonucuna uygun bir karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle karar bozulmuş ve Hukuk Genel Kurulu tarafından da aynı yönde karar verilmiştir.

### **III- Mercilerin Çözüm Tarzı**

#### **A- İlk Derece Mahkemesinin Kararı**

Kadıköy 3. İş Mahkemesi işçi alacağı davasına ilişkin yargılama sonunda, davacının bilirkişi raporu ile tespit edilen miktarlarda, kıdem tazminatı, fazla mesai ücreti alacağı, yıllık ücretli izin alacağı bulunduğu, maaş farkı alacağının ise bulunmadığına karar vermiştir. Mahkeme, davacının taleplerinden maaş farkı alacağı talebini reddetmiş; ihbar tazminatı, kıdem tazminatı ve fazla mesai ücreti talebini kabul etmiş; böylece işçi alacağına ilişkin davanın kısmen kabulüne hükmetmiştir.

#### **B- Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin Kararı**

Davalı tarafça, davacının davalıdan herhangi bir alacağının bulunmadığını ispat etmek amacıyla ilk derece yargılamasının sona ermesinden sonra temyiz dilekçesiyle birlikte ibraname ibraz edilmesi üzerine, 9.Hukuk Dairesi ibranamenin aslının getirilip altındaki imzanın ve içeriğinin davacıya açıklattırılıp, ödemenin varlığının belirlenmesi halinde bu miktarın davacının belirlenen alacaklarından mahsubu gerektiğine karar vermiştir. Özel Daire, temyiz sırasında ibraz edilen ibranamenin incelenmesi ve sonucuna uygun bir karar verilmesi için ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. İlk derece mahkemesi, maddî hukuk bakımından önceki gerekçelerini tekrarlamış; davalı vekilince temyiz dilekçesiyle birlikte ibraz edilmiş olan ibranamenin temyiz aşamasında ibraz edilmesinin mümkün olmadığı, delillerin belli bir zaman dilimi içinde gösterilmeleri gerektiği gerekçesiyle direnme kararı vermiştir. Bu direnme kararının davalı tarafça temyizi üzerine dosya Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelmiştir.

#### **C- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Kararı**

Hukuk Genel Kurulu, temyiz ve karar düzeltme incelemesi sırasında tarafların, kural olarak yeni delil gösterip ibraz etmelerinin mümkün olmadığını, söz konusu delillerin sunulmuş olsalar bile o aşamada dikkate alınmayacaklarını; ancak davaya konu borcu söndüren bir nitelik taşıyan bir delilin ibrazının bu kuralın dışında olduğunu kararında ifade etmiştir. Dolayısıyla, karara konu olan olayda temyiz aşamasında davalının dava konusu borcu sön-

düren nitelikte bir belge olan ibranameyi sunmuş olması sebebiyle, Genel Kurul bu belge üzerinde gerekli inceleme yapılmak suretiyle bir karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşarak, yerel mahkemenin direnme kararını bozmuştur.

#### **IV- Kararın İncelenmesi ve Değerlendirilmesi**

##### **A- Çözümlemesi Gereken Hukukî Problem**

Söz konusu karara konu olan olayda çözümlenmesi gereken hukukî problem, ilk derece yargılaması sona erdikten sonra temyiz aşamasında yeni bir delil gösterilmesinin mümkün olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

##### **B- Delillerin Gösterilme Zamanının Tespiti**

Delillerin taraflarca gösterilip ibraz edilmesi ilk derece yargılaması sırasında gerçekleşmektedir. Bu bağlamda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun dava dilekçesinin içeriğine ilişkin 119. maddesinin 1. fıkrasının f bendinde davacının iddia ettiği her bir vakıya ilişkin delillerini göstermesi gerektiği belirtilmiştir. Dava dilekçesinin mahkemeye sunulmasının ardından, mahkeme dava dilekçesini davalıya tebliğ etmekte ve ona davacının iddialarına karşı savunmada bulunma imkânı tanımaktadır. Dava dilekçesinin içeriğine paralel şekilde düzenleme getiren Kanun'un cevap dilekçesinin içeriği hakkındaki 129. maddesinin e bendinde de davalının savunmasının dayanağı olarak ileri sürdüğü her bir vakıya ilişkin delillerini göstermesi gerektiği öngörülmüştür.

Kanun'un 121. maddesine göre davacı dava dilekçesinde gösterdiği ve elinde bulunan belgelerin asılları ile davalı sayısından bir fazla düzenlenmiş örneklerini ya da yalnızca örneklerini, dava dilekçesine ekleyerek mahkemeye vermeli; dava dilekçesinde delil olarak gösterdiği başka yerlerden getirtilecek belgeler ve dosyalar<sup>2</sup> için bunların bulunabilmesini sağlayıcı açıklamalar yapmalıdır. Anılan hükmün paralelinde, Kanun'un 129. maddesinin 2. fıkrasında, sözü geçen düzenlemenin cevap dilekçesi hakkında da uygulanacağı ifade edilip Kanun'un 121. maddesine atf yapılması sebebiyle, aynı zorunluluğun davalı bakımından da geçerli olacağı anlaşılmaktadır. Görüldüğü üzere, kanun koyucu tarafların dava ve cevap dilekçelerinde hem delillerini göstermelerini, hem de ibraz edilecek belgeleri dilekçelerinin eki olarak mahkemeye sunmalarını amaçlamakta; delillerin gösterilmesi ile ibrazı esas olarak, dava ve cevap dilekçelerinin verilmesiyle tamamlanmış olmaktadır.

<sup>2</sup> Örneğin, belediyeden imar planının, noterden satış senedinin talep edilmesi bu kapsamdadır (İsmail Ercan, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Yasası'na Göre Medeni Usul Hukuku, 9.Baskı, İstanbul 2013,s.227).

Kanun'un 136. maddesi uyarınca davacı, davalının cevabının kendisine tebliğinden itibaren iki hafta içinde "replik" olarak adlandırılan cevaba cevap dilekçesini, davalı ise bu cevabın kendisine tebliğinden itibaren iki hafta içinde "düplik" olarak adlandırılan ikinci cevap dilekçesini verecek; replik ve düplik dilekçeleri hakkında dava ile cevap dilekçelerine ilişkin hükümler niteliklerine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanabilecektir. Davacı cevaba cevap dilekçesinde davalının cevap dilekçesindeki savunmalarına karşılık olarak ileri süreceği iddialarına ilişkin delillerini; davalı ise, ikinci cevap dilekçesinde davacının cevaba cevap dilekçesindeki iddialarına karşı ortaya koyacağı savunmaları hakkındaki delillerini gösterecek; taraflar replik ve düplik dilekçelerinde ibraz edilecek belgeleri de dilekçelerinin eki olarak mahkemeye sunacaklardır. İlgili hükümler neticesinde, tarafların replik ve düplik dilekçelerinde gerek dava ile cevap dilekçelerinde, gerekse cevaba cevap ile ikinci cevap dilekçelerinde ileri sürdükleri vakıalarına ilişkin yeni deliller göstermelerinin mümkün olacağı kabul edilebilecektir<sup>3</sup>.

Taraflarca dilekçelerin karşılıklı olarak verilmesinden sonra ön inceleme aşamasına geçilmektedir. Mahkeme, Kanun'un 137. maddesi çerçevesinde ön incelemenin kapsamı dâhilinde tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gerekli işlemleri gerçekleştirecektir. Bu çerçevede, Kanun'un 140. maddesinin 5. fıkrasına göre dava ve cevap dilekçelerinde delil olarak dayandıkları belgeleri göstermiş olmakla birlikte, dilekçeleriyle birlikte mahkemeye ibraz etmemiş veya başka yerlerden getirtilecek belgeler hakkında gerekli açıklamalarda bulunmamış olan taraflara iki haftalık kesin süre verilecektir. Verilen süre içinde delillere ilişkin eksiklik giderilmediği takdirde, ilgili tarafın o delile dayanmaktan vazgeçtiği sonucuna varılacaktır. Açıklamalarımızdan anlaşıldığı üzere, taraflar ön inceleme aşamasında yeni delil gösterememekte; yalnızca dava ve cevap dilekçeleriyle birlikte ibraz etmedikleri belgeleri mahkemeye sunma hususunda onlara son bir fırsat tanınmaktadır. Taraflar, ön inceleme aşamasında da delillerini ibraz edemedikleri takdirde, Kanun'un delillerin sonradan gösterilmelerine izin veren 145. maddesinde aranılan şartlar<sup>4</sup> dâhilinde

3 İddianın ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının dilekçelerin değişimi aşamasından sonra başlaması ve vakıaların gösterilmesi ile delillerin gösterilmesi arasında sıkı bir ilişki bulunması, bu yönde bir yorum yapılmasını haklı kılmaktadır (Güray **Erdönmez**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrası, İBD Eylül-Ekim 2013, C.LXXXVII, S.5, s.22-23).

4 İlgili maddeye göre, bir delilin sonradan gösterilmesi yargılamayı geciktirme amacı taşııyorsa veya söz konusu delilin süresinde ileri sürülemediği ilgili tarafın kusurundan kaynaklanıyorsa, mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilecektir. Kanaatimizce, HMK. m.145'te sözü geçen "bir delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme



delillerini sunabileceklerdir<sup>5</sup>.

### C- Temyiz İncelemesinin Kapsamı

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu<sup>6</sup>'nun 427. maddesine göre, 2014 yılı itibariyle miktar ve değeri 1.890 Türk Lirası<sup>7</sup> ve üzerinde olan taşınır mal ile alacak davalarında ilk derece mahkemelerince verilmiş nihaî kararlara karşı temyiz yoluna müracaat edilebilecektir.

---

*amacı taşıyorsa veya süresinde ileri sürülememesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa*” ifadesi uygulamada anlam karışıklıklarına yol açabilecektir. Bu sebeple, “*yargılamayı geciktirme amacı taşıyorsa*” ifadesi tümüyle çıkarılmalı (Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’na Katkı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V, Ankara 8-9 Eylül 2006, s.101) ya da daha sonraki ifadeye “*veya*” yerine “*ve*” bağlacıyla bağlanmalıdır.

- 5 Yukarıda yaptığımız açıklamalarda yazılı yargılama usûlünü esas aldık. Basit yargılama usûlünde ise, HMK. m.318’e göre tarafların dilekçeleriyle birlikte tüm delillerini açık olarak ve hangi vakıanın delili olduğunu ortaya koyacak şekilde bildirmeleri, ellerinde bulunan delil olarak dayandıkları belgeleri dilekçelerine eklemeleri, başka yerlerden getirilecek belgeler ve dosyalar hakkında bunların bulunabilmesini sağlayan bilgilere dilekçelerinde yer vermeleri gerekmektedir. Taraflar bu yükümlülükleri yerine getirmedikleri takdirde, dava ve cevap dilekçelerinde gösterdikleri delillere dayanmaktan vazgeçmiş sayılacaklardır (Hakan Pekcantez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, Medenî Usûl Hukuku, 14.Bası, Ankara 2013, s.862). Anlaşıldığı üzere, delillerin bir an evvel toplanabilmesi için tarafların dava ve cevap dilekçelerini vermelerinden sonra delil göstermelerine kural olarak, imkân tanınmamıştır. Ancak, HMK. m.322/f.I uyarınca kanunlarda özel hüküm bulunmayan hallerde yazılı yargılama usûlüne ilişkin hükümler basit yargılama usûlü hakkında da uygulanacağından, HMK. m.145’de sayılan şartlar dâhilinde sonradan delil gösterilebilecektir.
- 6 14 Nisan 2011 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanmış olan 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 30. maddesiyle Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na eklenmiş olan geçici 3. maddede “*Bölge adliye mahkemelerinin, 26/9/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’un geçici 2 nci maddesi uyarınca Resmî Gazete’de ilân edilecek göreve başlama tarihine kadar, 1086 sayılı Kanunun temyize ilişkin yürürlükteki hükümlerinin uygulanmasına devam olunur. Bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar 1086 sayılı Kanunun 26/09/2004 tarihli ve 5236 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki 427 ilâ 454 üncü madde hükümlerinin uygulanmasına devam olunur. Bu Kanun’da bölge adliye mahkemelerine görev verilen hallerde bu mahkemelerin göreve başlama tarihine kadar 1086 sayılı Kanun’un bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır.*” şeklinde bir düzenlemeye yer verildiğinden, açıklamalarımızda Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nun kanun yollarına ilişkin düzenlemelerini esas alacağız. Sözü geçen kanun metni için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/04/20110414-1.htm>
- 7 2013 yılı itibariyle ise, temyiz sınırı 1.820 Türk Lirası’dır.

Temyiz incelemesi sırasında, ilk derece mahkemesinin kararları yalnızca hukuka ve kanuna uygunlukları bakımından bir denetime tâbi tutulmakta; maddî bakımdan denetlenmemektedir. Bunun doğal bir sonucu olarak, temyiz yoluna başvurmanın davayı aktarıcı etkisi yalnızca olaya konulan hukukî tanıyla sınırlı olarak ortaya çıkmakta; Yargıtay o tanıyı bütünüyle inceleyerek ilk derece mahkemesinin yerine geçerek başka bir tanıya ulaşabilmektedir<sup>8</sup>. Temyiz aşamasında sadece hukukîlik denetimi yapıp tahkikata girilmediğinden, daha önce ileri sürülmemiş yeni vakıalar ileri sürülemedi<sup>9</sup>; ilk derece mahkemesi tarafından hükmün verilmesinden sonra ortaya çıkmış olan vakıalar da temyiz sebebi olarak gösterilememektedir<sup>10</sup>. Temyize başvurulması halinde, yalnızca hukuka uygunluk denetimi yapılacağından, sadece hukukun yanlış uygulandığı iddia edilebilecek; temyiz talebinde yeni vakıalar bildirilmiş olsa bile, Yargıtay yalnızca hukukun yanlış tatbik edilmediğini inceleyebilecektir<sup>11</sup>. Temyiz aşamasında yalnızca ilk derece mahkemesi tarafından karar verilmesi sırasında hukukun yanlış uygulandığının ileri sürülebilmesi sebebiyle<sup>12</sup>, dosyaya girmemiş veya hükümden sonra meydana gel-

8 Sami **Selçuk**, Temyiz Yolu Denetimi ve Sınırları, YD Ocak-Nisan 2001, s. 19; Sami **Selçuk**, Temyiz Denetiminin Sınırları ve Bu Sınırlara Uymamanın Kaçınılmaz Sancılı Sonuçları/Açmazları/Tehlikeleri, MÜHF-HAD 2012, C.XIX, S.2, Özel Sayı: Prof.Dr.Nur Centel'e Armağan, s. 335.

9 İlk derece yargılamasının aksine, temyiz incelemesinde yeni vakıaların karşı tarafın açık rızasıyla veya ıslahla ileri sürülmeleri de mümkün değildir.

10 Hükmün verilmesinden sonra ortaya çıkmış olan vakıaların temyiz incelemesi sırasında ileri sürülmeleri, kural olarak mümkün olmamakla birlikte, hüküm verildikten sonra meydana gelmiş olan ve hüküm hakkında temyiz incelemesi yapılmasına engel olan vakıalar Yargıtay'da da ileri sürülebilecektir. Örneğin, hükmün verilmesi ile tebliği arasında on yıldan fazla bir zamanın geçmesi sebebiyle hüküm zamanlaşımına uğramışsa, zamanlaşımı iddiasında bulunulabilecektir (Baki **Kuru**, Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, İstanbul 1995, s.767-768; Baki **Kuru**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.V, 6.Baskı, İstanbul 2001,s.4502-4503). Belirttiğimiz ihtimalde, hükmün verilmesinden sonra ortaya çıkmış vakıalar, temyiz incelemesi yapılmasına ilişkin hukukî yarar sona erdiğinden, temyiz aşamasında da yargılamaya getirilebileceklerdir. Ayrıca, başvurunun zamanında yapıldığını, başvuru için gerekli harçların yasal süre içinde yatırıldığını, uyumsuzluğun taraflarından birinin öldüğü, hacir altına alındığı veya tüzel kişi olan tarafın ticaret sicilinden silindiği gibi hususları belirten ilk derece mahkemesinin kararından sonra doğmuş olan vakıaların ve bunlara ilişkin delillerin temyiz yargılaması sırasında gösterilmeleri mümkündür. Çünkü, anılan ihtimallerin varlığı halinde Yargıtay tarafından inceleme yapılabileceği veya inceleme yapılmasına ilişkin hukukî yararın sona erdiği ortaya konulmaktadır.

11 **Kuru**, Usul, C.V, s. 4502.

12 Saim **Üstündağ**, İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul 1967, s.213-214; Necip **Bilge**, Medeni Yargılama Hukuku, 2.Baskı, Ankara 1967, s.565; İlhan E. **Postacıoğlu**, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6.Baskı, İstanbul 1975, s.719-720; Necip **Bilge**/Ergün **Önen**, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3.Baskı, İstanbul 1978, s.643-644; **Kuru**, s.767; **Kuru**, Usul, C.V, s.4498; **Pekcanitez /Atalay/Özkes**, s.939.

miş vakıaların re'sen nazara alınmaları, bu konuda delil toplanılması ve delil toplanılmasına yönelik tahkikat başlatılması da söz konusu olmayacaktır<sup>13</sup>.

Kural olarak, Yargıtay ilk derece mahkemesince verilmiş kararların hukuka uygunluğunu incelemekle görevli olmakla birlikte, ülkemizde tam anlamıyla bir içtihat mahkemesi olarak işlevini sürdürememektedir. Bölge adliye mahkemelerinin henüz göreve başlayamamış olmalarından dolayı, ilk derece mahkemeleri ile kendisi arasında süzgeç görevini yapacak bir ara mahkemesi mevcut olmadığından, Yargıtay kararların hem hukuka uygunluğunu, hem de olaylara uygunluğunu denetlemekte; bu çerçevede istinafi yürütmek ve içtihat yaratmak faaliyetlerini tek başına üstlenmiş bulunmaktadır<sup>14</sup>.

#### D- Değerlendirme

Temyiz safhasında tahkikat yapılmadığından, delillerin toplanması faaliyeti gerçekleştirilmeyecek; dolayısıyla gerek ilk derece yargılaması sırasında mevcut olmakla birlikte gösterilmemiş olan, gerekse ilk derece yargılamasının sona ermesinden sonra ortaya çıkmış olan yeni deliller kesinlikle gösterilemeyeceklerdir. Ancak, karara konu olan olayda Yargıtay son derece isabetsiz olarak temyiz aşamasında borcu sona erdiren bir belge olan ibranamenin ibraz edilmesinin mümkün olduğu sonucuna varmıştır. Yargıtay bu kararın dışında, pek çok kararında temyiz aşamasında borcun itfa edildiğini ispatlayan belgelerin sunulmasına imkân tanımakta; inceleme konumuz olan kararda da belirttiği gibi, anılan belgelerin ibrazını temyiz aşamasında yeni delil gösterilememesi kuralının istisnası olarak kabul etmektedir<sup>15</sup>.

13 Ahmet **İyimaya**, Hükümden Sonra Meydana Gelen Olguların Temyiz İncelemesine Etkisi (Özellikle Sigorta Gelirindeki Artışlar Sorunu), ABD 1991/6, s.955.

14 Ejder **Yılmaz**, İstinaf, 2.Baskı, Ankara 2005, s.38-39.

15 Örneğin bkz. "...*Davalının ileri sürdüğü belgeler, ödeme belgesi olup, borcu söndürücü nitelik taşıdığından ve bu belgelerin ibrazı itiraz olduğundan hâkim tarafından re'sen incelenmesi gerekir. Bu nedenle verilen 15 günlük kesin süreden sonra ibraz edilmesi bunların incelenmesine engel teşkil etmez. Kaldı ki, temyiz aşamasında dahi bu tip belgeler incelenebilir...*" 13.HD, 12.02.2002, 12614/1452 (Zekeriya **Yılmaz**, Hukuk Davalarında İspat ve Deliller Rehberi, Ankara 2012, s.68). "...*Davalı işveren temyiz dilekçesinde davacının yıllık ücretli izin alacağına kalmadığını belirterek yıllık ücretli izin defteri ibraz etmiştir. Her ne kadar yıllık ücretli izin defteri temyiz aşamasında ibraz edilmiş ise de, hakkı ortadan kaldıran bu savunma itiraz niteliğinde olduğundan yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir. Anılan belge bir değerlendirmeye tâbi tutularak karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir...*" 9.HD, 18.12.2002, 9840/24428 (**Yılmaz Z.**, s.68). "...*Davanın hukuksal niteliği gereği davalı, temyiz aşamasında dava konusu borcu söndüren nitelikte bir belge vermişse, bu belge üzerinde gerekli inceleme yapılmak suretiyle bir karar verilmesi gerekir. Gerçekten de, yargılamada davayı*

Kanaatimizce, Yargıtay'ın temyiz aşamasında, hatta karar düzeltme aşamasında<sup>16</sup> bile borcun sona erdiğini ispatlamaya yarayacak olan bir delilin ibrazına imkân tanıyan inceleme konusu kararı ile buna benzer diğer kararları, Yargıtay'ın içtihat mahkemesi işleviyle kesinlikle bağdaşmamaktadır. Bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçmediği sürece hukukîlik denetiminin yanı sıra, temyiz kurumunun niteliğine aykırı şekilde maddîlik denetimi de yapan Yargıtay, bir tahkikat mahkemesi değildir. Tahkikat mahkemesi işlevi, şu anda uygulanmakta olan sistemde münhasıran ilk derece mahkemelerine

*inkâr eden davalının savunması borcun bulunmadığı savunmasını da kapsar. O nedenle, davalının borcun ne sebeple bulunmadığını açıklama ve iddianın aksine, delillerini ikame etme hakkının ortadan kalktığından söz edilemez...*" HGK, 04.07.2007, 13-453/453 (Mehmet Akif Tutumlu, Delillerin Gösterilmesi ve Toplanması Kesin Süre, Ankara 2008, s.61-64). "... Yargıtay'ın kararlılık kazanmış uygulamasına göre, kural olarak, yargılama aşamasında dayanılıp sunulmayan deliller; temyiz veya karar düzeltme aşamasında sunulamazlar; sunulmuş olsalar bile, bu aşamalardaki incelemeler sırasında dikkate alınamazlar. Bu kuralın istisnası, dayanılıp sunulan delili, o davaya konu borcun sönmüş bulunduğunu ortaya koyan -örneğin, davaya konu borcun ödenmiş olduğunu gösteren makbuz, ibraname ve benzeri nitelikte- bir belge olmasıdır. Borçlunun, yargılamanın henüz tamamlanmadığı temyiz aşamasında, dava konusu borcun söndüğünün delili olduğunu bildirerek, belge sunduğu durumlarda -yargılama aşamasında sunulmadığı için Yerel Mahkemeye değerlendirilememiş olan- o belge üzerinde gerekli inceleme ve değerlendirme yapılması için, Yerel Mahkeme kararı bozulmalıdır. Somut olaydaki gibi, cevap dilekçesi vermemek suretiyle davayı inkâr eden davalının, davayı inkâra yönelik savunması, borcun mevcut olmadığına ilişkin bir savunmayı da kapsayacağından; davalının borcun ne sebeple bulunmadığını açıklamak ve o yöndeki delillerini ikame etme hakkının ortadan kalkmadığının ve temyiz aşamasında sunulan borcu söndüren bir belgenin varlığı karşısında savunmanın genişletilmesi yasağından söz edilemeyeceğinin (HUMK. md. 202) kabulü zorunludur..." HGK, 17.10.2007, 19-752/728 (MİHDER 2008/1, s.178-181). "...Kural olarak, yargılama aşamasında dayanılıp sunulmayan deliller, temyiz veya karar düzeltme aşamasında sunulamazlar; sunulmuş olsalar bile, bu aşamalardaki incelemeler sırasında dikkate alınamazlar. Bu kuralın tek istisnası, dayanılıp sunulan delilin, o davaya konu borcu söndüren bir nitelik taşıması; örneğin, davaya konu borcun ödenmiş olduğunu gösteren makbuz, ibraname gibi bir belge olmasıdır..." HGK, 27.01.2010, 9/586-31 (Yılmaz Z., s.69-70). Bu yönde benzer kararlar için bkz. HGK, 05.04.2000, 11/745-734 (Yılmaz Z., s.67-68). HGK, 26.10.2005, 9-546/611 (YKD 2006/1,s.12-15); HGK, 09.02.2011, 13-29/56 (MİHDER 2011/3, s.229 vd.); 15.HD, 03.05.2011, 2671/2701 (YKD 2011/8, s.1446-1447); 6.HD, 25.10.2011, 7123/11556; 11.HD, 08.12.2011, 13048/16680 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası); 6.HD, 09.04.2012, 2755/5511 (YKD 2012/5, s.880-882); 13.HD, 21.05.2012, 6411/12944; 11.HD, 24.05.2012, 5542/8806; 19.HD, 30.05.2012, 4505/9213; 3.HD, 14.06.2012, 11710/15245; 19.HD, 11.07.2012, 4571/11520; 3.HD, 21.11.2012,19773/23996; 6.HD, 03.04.2013, 4509/5991 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

16 Karar düzeltme aşamasında borcu sona erdiren bir belgenin ibrazının mümkün olduğu hususunda bkz. HGK, 28.05.2003, 13-354/368 (Yılmaz Z., s.68); HGK, 27.10.2007, 19-752/728 (MİHDER 2008/1, s.178-181); HGK, 27.01.2010, 9/586-31 (Yılmaz Z., s.69-70).

aittir. Delillerin toplanması çerçevesinde delillerin gösterilip ibraz edilmeleri yerel mahkeme nezdinde gerçekleştirilmekte; bu kapsamda tahkikat işlemleri ilk derece mahkemesi tarafından yerine getirilmektedir. Dolayısıyla, temyiz aşamasında her ne sebeple olursa olsun taraflarca yeni vakıalar ile yeni delillerin gösterilmeleri ve bunların Yargıtay tarafından inceleme konusu yapılması kesinlikle mümkün olmadığından, borcun mevcut bulunmadığının ispatı hususunda özel bir istisna yaratılması her türlü yasal ve bilimsel temelden yoksundur. Borcu sona erdiren belgelerin temyiz aşamasında bile ibraz edileceğini kabul eden Yargıtay'ın, itiraz sebebi teşkil eden vakıalara ilişkin tüm delillerin sunulmasına imkân tanıdığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, temyiz aşamasında yalnızca def'ilere ilişkin delillerin ibrazı yasaklanmış olduğundan, temyiz aşamasında sunulabilecek olan delillerin kapsamı kanuna açıkça aykırı şekilde oldukça genişletilmektedir.

Yargıtay'ın yargılamanın iadesi yoluna ilişkin başvuruları azaltmak amacıyla bu yönde bir uygulamayı benimsediği görüşünderiz. Yargılama sırasında aleyhinde hüküm verilen taraf, kusuru dışında elinde olmayan sebeplerle elde edemediği bir belgeyi kararın verilmesinden sonra ele geçirmiş olması halinde, Kanun'un 445. maddesinin 1.fıkrasının 1.bendi uyarınca, yargılamanın iadesi yoluna başvurabileceğinden, Yargıtay yeniden yargılama yapılmasının "usûl ekonomisi" ilkesiyle bağdaşmayacağını düşünmektedir. Ancak, Yargıtay'ın içtihat mahkemesi işlevini bir kenara bırakması, usûl ekonomisi ilkesi uğruna feda edilmemelidir; nitekim tahkikat mahkemesi işlevi üstlenen Yargıtay, kanuna açıkça aykırı şekilde hareket etmektedir. Böylece, usûl ekonomisi ilkesi esas alınarak kanuna aykırı uygulamalar teşvik edilmektedir. Yargılamanın iadesinde aranılanın aksine, o belgenin daha önceki bir aşamada sunulmamasının tarafın kusurundan kaynaklanıp kaynaklanmadığına ilişkin olarak da herhangi bir ayırım yapılmaması, ilk derece yargılaması sırasında delillerin gösterilme zamanına ilişkin düzenleme getiren hükümlerin ve sonradan delil gösterilmesine belli şartların varlığı durumunda izin veren Kanun'un 145. maddesinin görmezden gelindiğini ortaya koymaktadır.

Delillerin gösterilme zamanına ilişkin açıklamalarımızda belirttiğimiz üzere<sup>17</sup>, delillerin ilk derece yargılamasında dilekçelerin değişimi aşamasının sonuna kadar serbestçe gösterilmeleri mümkündür. Ancak, bu süreden sonra delil gösterilmesi yalnızca o delilin sonradan gösterilmesi yargılamayı geciktirme amacı taşııyorsa veya söz konusu delilin süresinde ileri sürülememesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmadığı takdirde mümkün olabilecektir.

17 Bkz. yuk. IV, B.

Tahkikatın yapıldığı ilk derece yargılamasında bile belli bir aşamadan sonra delillerin gösterilmesi birtakım şartların varlığına bağlanmış iken, temyiz aşamasında delil gösterilmesine hiçbir kısıtlama getirmeksizin serbestçe imkân tanımak, Kanun'un temel sistematigiyle de bağdaşmamaktadır. Yargıtay'ın bu yöndeki kararları dürüstlük kuralına aykırı uygulamaların artmasına da sebep olabilecektir. Taraflar ellerinde bulunan veya daha sonradan ele geçirdikleri bir belgeyi ilk derece yargılaması sırasında gösterme imkânları bulunmakla birlikte, temyiz aşamasına kadar gizleyip yargılamanın gidişatına göre göstermeyi tercih edebileceklerdir.

Yargıtay incelediğimiz kararda ve pek çok kararında, temyiz aşamasında borcun sona erdiğini ispatlamaya yarayan bir delilin ibrazının, temyiz aşamasında delil gösterme yasağının bir istisnası olduğu görüşündedir. Yargıtay'ın başka kararları incelendiğinde, anılan istisnanın yanı sıra, kamu düzenini veya kamu yararını ilgilendiren davalar bakımından da temyiz aşamasında yeni delil gösterme yasağının uygulanmayacağını kabul etmesi<sup>18</sup> son derece isabetsizdir. Kamu düzenini ilgilendiren meselelerde re'sen araştırma ilkesi, yalnızca tahkikat mahkemeleri olarak çalışan ilk derece mahkemeleri ile ileride faaliyete geçecek olan bölge adliye mahkemelerinde uygulama alanına sahip olmaktadır. Söz konusu meselelerde, mahkeme re'sen vakıa ve delil toplayabilmekte; topladığı vakıaları ve delilleri hükmünü verirken dikkate alabilmektedir. Kamu düzenine ilişkin hususları tarafların ileri sürdükleri sebeplerle bağlı olmaksızın dikkate alabilen Yargıtay ise, tahkikat mahkemesi olmadığından bunlara ilişkin delil toplayamamakta; tarafların da temyiz aşamasında hiçbir şekilde delil göstermeleri mümkün olmamaktadır.

Kararın Yargıtay tarafından bozulması üzerine dava dosyasının kararı vermiş olan ilk derece mahkemesine gönderilmesi durumunda ise, vakıa mahkemesi olarak işlev gören ilk derece mahkemesince bozma kararına uyulduğu

18 Örneğin bkz. "...Kural olarak yargılama aşamasında ileri sürülmeyen hususlarla ibraz edil-meyen belgeler temyiz aşamasında nazara alınmaz. Ancak, kamu yararı ya da kamu düzeni-nin söz konusu olduğu hallerde yargılama sona erinceye kadar her aşamada verilen kayıt ve belgelerin kendiliğinden (re'sen) nazara alınarak işleme tâbi tutulması, ana kuralın istisnasını teşkil etmektedir. Bir davada kesin hükmün varlığı yargılamayı önleyen dava şartlarındandır. Koşulların oluşması halinde ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararı, dava konusu taşınmazın kamu malı niteliğinde mera olduğunu ve davalının da kadim meraya el atma olgusunu saptayan kesin delillerdendir. Taşınmazın niteliğini belirleyen mahkeme kararı ceza davasında taraf olan davalıyı bağlar ve davalı yönünden de iş bu dava için kesin hüküm oluşturur. Hal böyle olunca ceza mahkûmiyetine ilişkin kararın uygulanmasında kamu yararı bulunduğuunun kabulü gerekir..." 17.HD, 15.10.1993, 7253/11055 (Tutumlu, s.60-61). Benzer bir karar için bkz. HGK, 21.10.1992, 1/440-597 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

takdirde, mahkeme tarafından bozma kapsamı çerçevesinde tahkikat yapıp yeniden delillerin toplanmasına girilebilecektir. Çünkü, bozma kararıyla uyuşmazlığın çözümlenebilmesi için nasıl bir tahkikat yapılması gerektiğini bildiren Yargıtay, bunun icrasını ilk derece mahkemesine havale etmiş ve ilk derece mahkemesi de o havaleyle bağlanmış bulunmaktadır<sup>19</sup>. Bozma kapsamı doğrultusunda yapılacak yeni tahkikatta taraflarca iddianın ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı çerçevesinde yeni vakıalar ileri sürülebileceği gibi<sup>20</sup>, yeni vakıalara ilişkin yeni deliller de gösterilebilecektir. Bunun yanı sıra, ilk derece yargılaması sırasında ileri sürülmüş vakıalara ilişkin yeni deliller, Kanun'un ikinci tanık listesi verme yasağına ilişkin 240. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesi saklı kalmak kaydıyla, Kanun'un 145. maddesinde çerçevesinde gösterilebilecek; hâkim de uyuşmazlığın çözümü için davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde taraflardan delil göstermelerini isteyebilecektir.

Yargıtay ilgili kararında temyiz aşamasında borcu sona erdiren bir delilin ibrazına imkân tanınmasının yanı sıra, son derece isabetsiz olarak söz konusu delili iddianın ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının istisnası olarak kabul etmekte; böylece yasak kapsamına yalnızca vakıaların ve talep sonucunun girdiğini<sup>21</sup> göz ardı ederek, delilleri de yasak kapsamına sokmaktadır.

Ayrıca, Yargıtay inceleme konusu olan kararında maddî hukuk bakımından da son derece hatalı tespitlerde bulunmaktadır. 9.Hukuk Dairesi, borcu sona erdiren ibranamenin ödeme def'i niteliğinde olduğunu ileri sürmektedir. Maddî hukuk bakımından bir savunma sebebi olan def'iler, davalıya aslında borçlu olduğu bir edimi özel bir sebeple yerine getirmekten kaçınma hakkı

19 Sabri Şakir **Ansay**, Hukuk Yargılama Usulleri, 7.Baskı, Ankara 1960, s.358; **Postacıoğlu**, s.752; Saim **Üstündağ**, Temyizin Nakzından Sonraki Hukukî Durum, İHFM 1962, C.XXVIII, S.1, s.156. Örneğin, ilk derece mahkemesinin kararı bilirkişi incelemesi yaptırılmadan veya taraflarca gösterilen tanıklar dinlenilmeden karar verildiği için bozulmuşsa, bozma kararına uyan mahkeme bilirkişi incelemesi yaptırdıktan ya da tanıkları dinledikten sonra yeniden karar verecektir (Mustafa Reşit **Belgesay**, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C.II, İstanbul 1939, s.873; Abdurrahim **Karlı**, Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı,3.Baskı, İstanbul 2012, s.870; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.956).

20 **Üstündağ**, Temyizin Nakzı, s.147; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.956.

21 Baki **Kuru**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.II, 6.Baskı, İstanbul 2001,s.1697 vd.; Cemil **Kaya/Recep Akcan**, Medeni ve İdari Yargıda İddia ve Savunmanın Genişletilmesi veya Değiştirilmesi Yasağı, İHFM 2009, C.LXVII, S.1-2, s.125-126; Baki **Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz**, Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 24. Baskı, Ankara 2013, s.294 vd.; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s.554 vd.



vermektedir. Diğer bir savunma sebebi olan itirazlar ise, bir hakkın doğumuna engel olan veya sona erdiren vakıalar şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Borcun ibra edilmesi sayesinde, borç sona erdiğine göre ibra bir def'i değil, hakkı sona erdiren bir itiraz sebebidir<sup>22</sup>. Hukuk Genel Kurulu, bu hususa dikkat çekmeksizin, Özel Daire kararını isabetsiz şekilde onamıştır.

Sonuç olarak, incelememize konu olan Yargıtay kararı gerek usûl hukuku, gerekse maddî hukuk bakımından ciddi hatalar içermektedir. Temyiz aşamasında delil gösterilmesine imkân tanınması, bir içtihat mahkemesi olan Yargıtay'ın sahip olduğu işlevle hiçbir şekilde bağdaşmamakta; Yargıtay'ı adeta bir tahkikat mahkemesi haline getirmektedir. Borcu sona erdiren delillerin ibrazına gerekçe olarak, ilgili delillerin iddianın ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının istisnası olduklarının gösterilmesi de Yargıtay'ın delillerin gösterilmesi ile iddianın ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağın birbirine karıştırdığını ortaya koymaktadır. Anılan hallerde kararın usûl hukukuna ilişkin hataları söz konusu olmaktadır. İtirazlar ile def'iler arasındaki ayırımın yapılamayıp, borcun ibrasının itiraz yerine def'i olarak değerlendirilmesi ise, maddî hukuka ilişkin büyük bir hatanın varlığını gözler önüne sermektedir.

22 **Bilge/Önen**, s.453 vd.; Ergun **Önen**, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979,s.168-169; Necmeddin M. **Berkin**, Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1981, s.594 vd.; Saim **Üstündağ**, Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, 7. Baskı, İstanbul 2000,s.342 vd.; **Kuru**,Usul,C.II, s.1761 vd.; H.Yavuz **Alangoya** / M.Kâmil **Yıldırım** / Nevhis **Deren-Yıldırım**, Medenî Usul Hukuku Esasları, 8. Tıpkı Baskı, İstanbul 2011, s.253-254; **Karlı**,s.510; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.304-305; M.Kemal **Oğuzman**/Nami **Barlas**, Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 19.Bası,İstanbul 2013, s.319-321; **Pekcanitez/Atalay/ Özkes**, s.535-536.



## KISALTMA CETVELİ

<b>ABD</b>	: Ankara Barosu Dergisi
<b>bkz.</b>	: bakınız
<b>C.</b>	: cilt
<b>E.</b>	: Esas
<b>f.</b>	: fıkra
<b>HD</b>	: Hukuk Dairesi
<b>HGK</b>	: Hukuk Genel Kurulu
<b>HMK</b>	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
<b>İBD</b>	: İstanbul Barosu Dergisi
<b>İHFM</b>	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
<b>K.</b>	: Karar
<b>m.</b>	: madde
<b>MİHDER</b>	: Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi
<b>MÜHD-HAD</b>	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
<b>s.</b>	: sayfa
<b>S.</b>	: sayı
<b>TTK</b>	: Türk Ticaret Kanunu
<b>vd.</b>	: ve devamı
<b>YD</b>	: Yargıtay Dergisi
<b>YKD</b>	: Yargıtay Kararları Dergisi
<b>yuk.</b>	: yukarıda

## KAYNAKÇA

- Alangoya H.Yavuz / Yıldırım M.Kâmil / Deren-Yıldırım** Nevhis, Medenî Usul Hukuku Esasları, 8. Tıpkı Baskı, İstanbul 2011.
- Ansay Sabri Şakir**, Hukuk Yargılama Usulleri, 7.Baskı, Ankara 1960.
- Belgesay** Mustafa Reşit, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C.II, İstanbul 1939.
- Berkin** Necmeddin M., Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1981.
- Bilge** Necip, Medeni Yargılama Hukuku, 2.Baskı, Ankara 1967.
- Bilge** Necip / **Önen** Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3.Baskı, İstanbul 1978.
- Ercan** İsmail, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Yasası'na Göre Medeni Usul Hukuku, 9.Baskı, İstanbul 2013.
- Erdönmez** Güray, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı, İBD Eylül-Ekim 2013, C.LXXXVII, S.5, s.15-53.
- İyimaya** Ahmet, Hükümden Sonra Meydana Gelen Olguların Temyiz İncelemesine Etkisi (Özellikle Sigorta Gelirindeki Artışlar Sorunu), ABD 1991/6, s.948-965.
- Karşlı** Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı,3.Baskı, İstanbul 2012.
- Kaya** Cemil / **Akcan** Recep, Medeni ve İdari Yargıda İddia ve Savunmanın Genişletilmesi veya Değiştirilmesi Yasağı, İHF 2009, C.LXVII, S.1-2, s.123-141.
- Kuru** Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, İstanbul 1995.
- Kuru** Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.II, 6.Baskı, İstanbul 2001. (*Kısaltma: Kuru, Usul,C.II*)
- Kuru** Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.V, 6.Baskı, İstanbul 2001. (*Kısaltma: Kuru, Usul,C.V*)
- Kuru** Baki / **Arslan** Ramazan / **Yılmaz** Ejder, Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 24. Baskı, Ankara 2013.
- Oğuzman** M.Kemal / **Barlas** Nami, Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 19.Bası, İstanbul 2013.
- Önen** Ergun, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979.
- Pekcanitez** Hakan / **Atalay** Oğuz / **Özekes** Muhammet, Medenî Usul Hukuku, 14.Bası, Ankara 2013.

- Postacıoğlu İlhan E.**, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6.Baskı, İstanbul 1975.
- Selçuk Sami**, Temyiz Yolu Denetimi ve Sınırları, YD Ocak-Nisan 2001, s.5-46.
- Selçuk Sami**, Temyiz Denetiminin Sınırları ve Bu Sınırlara Uymamanın Kaçınılmaz Sancılı Sonuçları/Açmazları/Tehlikeleri, MÜHF-HAD 2012, C.XIX, S.2, Özel Sayı: Prof.Dr.Nur Centel'e Armağan, s. 319-361.
- Tutumlu Mehmet Akif**, Delillerin Gösterilmesi ve Toplanmasında Kesin Süre, Ankara 2008.
- Umar Bilge**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na Katkı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V, Ankara 8-9 Eylül 2006, s.87-129.
- Üstündağ Saim**, İddia ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul 1967.
- Üstündağ Saim**, Temyizin Nakzından Sonraki Hukukî Durum, İHFM 1962, C.XXVIII, S.1, s.133-192. (*Kısaltma: Üstündağ, Temyizin Nakzı*)
- Üstündağ Saim**, Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, 7. Baskı, İstanbul 2000.
- Yılmaz Ejder**, İstinaf, 2.Baskı, Ankara 2005.
- Yılmaz Zekeriya**, Hukuk Davalarında İspat ve Deliller Rehberi, Ankara 2012. (*Kısaltma: Yılmaz Z.*)

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/04/20110414-1.htm>

Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası



# Seçimlik İlliyet Sorunu Bağlamında Fransız Yargıtayı'nın «Distilbene» Kararları

Av. Dr. Özgün ÇELEBİ\*

## GİRİŞ\*\*

Zarar ile kusurlu davranış arasındaki illiyet bağının ispat yükünün zarar görene ait olması, haksız fiil sorumluluğu hukukunun evrensel ilkelerindedir<sup>1</sup>. Buna göre, zarar görenin, zararının belirli bir kişinin belirli bir kusurlu davranışından ileri gelmiş olduğunu ispat edememesi halinde sorumluluk şartlarının oluşmamış olduğu kabul edilecek ve tazminat talebi reddedilecektir. Ancak, bazı durumlarda, illiyet bağının ispat edilememesi gerekçesiyle zarar görenin tazminattan yoksun bırakılması, illiyet bağının zarar gören tarafından ispat edilmesi gereğinin amacına uygun sonuçlar yaratmayabilir. Ayıplı ilaç kullanımı nedeniyle zarar gören kişinin, aynı etkiyi yaratması muhtemel olan ilaçlardan hangisini kullandığını ispat edememiş olması bu durumun tipik örneklerinden biri olarak kabul edilmektedir<sup>2</sup>. Bu durumda ayıplı ilaçları piya-

\* İstanbul Barosu Avukatı.

\*\* Bu çalışmada kullanılan Fransız Yargıtayı kararlarına, esas numaraları vasıtasıyla <http://www.legifrance.gouv.fr/> adresinden ulaşılabilmektedir (06.05.2013'te ziyaret edilmiştir).

1 Örneğin, Amerikan hukuku için, bkz John S. Gray/Richard O. Faulk, "Negligence In The Air? Should "Alternative Liability" Theories Apply in Lead Paint Litigation?", 25 Pace Environmental Law Review 101, (2008), s. 102-103; Fransız hukuku için, bkz. Christophe Quezel-Ambrunaz, "Définition de la causalité en droit français", Rapport au séminaire de Genève organisé par l'Université de Rennes I le 26-27 mars 2010, [http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/48/58/06/PDF/La\\_definition\\_du\\_lien\\_de\\_causalite\\_en\\_droit\\_francais.pdf](http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/48/58/06/PDF/La_definition_du_lien_de_causalite_en_droit_francais.pdf) (28.04.2013'te ziyaret edilmiştir), s. 16. Fransız hukukundaki ispat kriterleri için, bkz Partice Jourdain, "La causalité", Rapport au séminaire de Genève organisé par l'Université de Rennes I le 26-27 mars 2010, [http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/288/288515\\_pjourdain2.pdf](http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/288/288515_pjourdain2.pdf), s.2 (30.04.2013'te ziyaret edilmiştir).

2 Allen Rostron, "Beyond Market Share Liability: A Theory of Proportional Share Liability for Nonfungible Products", 52 UCLA Law Review 151 (2004), s. 161 vd.; Steven D. Eimert, "DES: Judicial Interest Balancing and Innovation", 22 Boston College Law Review 747 (1981).

saya süren ve kitleler üzerinde zarara yol açtıkları sabit olan üreticilerin, hangi kişileri zarara uğrattıklarının belirlenememesi, dolayısıyla illiyet bağının ispat edilememiş olması gerekçesiyle tazminat sorumluluğundan muaf tutulmaları adaletsiz bir çözüm olarak görülebilir. İşte Fransız Yargıtayı, Distilbène olayı olarak bilinen davalar serisinde bu sorunla karşılaşmış ve illiyet bağının ispatı konusunda genel prensiplerden ayrılan, zarar göreni koruyucu bir çözüme ulaşmıştır.

Fransa’da Distilbène kararlarına yol açan olayların çıkış noktası 1947’ye dayanır. Bu tarihte DES molekülü olarak bilinen östrojen hormonunu içeren ilaçlar, “Distilbène” adı altında piyasaya sürülmeye başlanmış ve bu ilaçlar uzun yıllar boyu hamile kadınlarca düşük önleyici olarak yoğun biçimde kullanılmıştır. 70’li yıllara gelindiğinde, anne karnında bu moleküle maruz kalmış olan kadınlarda ender rastlanılan bazı rahim kanseri türleri görülmeye başlanmıştır. Yıllar geçtikçe anne karnında DES molekülüne maruz kalma ile yetişkinlikte bu tür hastalıklara yakalanma arasındaki doğru orantı şaşırtıcı biçimde artmış ve bu hastalıkların DES molekülünden ileri geldiği yönündeki şüpheler kuvvetlenmiştir. DES molekülünü içeren ilaçların yasaklanması ile de ilaç üreticisi firmalara, kusurlu davranışla zarara sebebiyet vermiş olma iddiasıyla haksız fiil temelinde sorumluluk davaları açılmaya başlanmıştır<sup>3</sup>.

Bu davalarda sorumluluğun şartları açısından ilk üzerinde durulan husus, söz konusu ilaçların piyasaya sürülmesinin kusurlu bir davranış olup olmadığı olmuştur<sup>4</sup>. Bu sorunun çözümü için iki aşamalı bir değerlendirme ya-

3 Bu sürecin anlatımı için, bkz. Patrice Jourdain, “Une nouvelle présomption de causalité, au profit cette fois des victimes du DES ou distilbène”, Revue trimestrielle de droit civil, 2010 s. 111 vd. ; Etienne Vergès, “Les liens entre la connaissance scientifique et la responsabilité civile : preuve et conditions de la responsabilité civile”, in “Preuve scientifique, preuve juridique : la preuve à l’épreuve”, sous la direction de E. Truilhe-Marengo, Larcier 2011, s. 127 vd.; Christophe Quézel-Ambrunaz, “La fiction de la causalité alternative: Fondement et perspectives de la jurisprudence «Distilbène»”, Recueil Dalloz 2010, s.1162 vd. Benzer bir gelişim aynı moleküle ilgili olarak Amerika’da da yaşanmıştır; bkz. Allen Rostron, **a.g.m.**, s. 159 vd.; Randy S. Parlee, “Overcoming the Identification Burden in DES Litigation: The Market Share Liability Theory”, 65 Marquette Law Review 609 (1982), s. 612.

4 Avrupa Birliği’nin 25 Temmuz 1985 tarihli ayıplı mallardan sorumluluğa ilişkin direktifi, 19 Mayıs 1998 tarihli, 98-389 sayılı yasa ile Fransız hukukuna dâhil edilmiştir. Bugün ilgili yasanın Fransız Medeni Kanunu’na eklediği 1386-1 vd. maddeler uyarınca, mağdurun ilaç üreticisinin sorumluluğunu ileri sürebilmesi için, ürünün ayıplı olduğunu ve uğradığı zarar ile bu ayıp arasındaki illiyet bağını ispatlaması yeterli olmakta, üreticinin kusursuz olduğunu kanıtlayarak sorumluluktan kurtulma imkânı bulunmamaktadır (Direktife göre sorumluluğun şartları için bkz. Betül Tiryaki, “Avrupa Konseyi’nin 25.7.1985 Tarihli Direktifi’ne Göre Üreticinin Sorumluluğunun Şartları ve Tüketicinin Korunması Mevzuatı ile Mukayesesi”, Ankara

pılmıştır. Öncelikle ilaçların içerdiği molekül ile oluşan hastalıklar arasında bir sebep sonuç ilişkisinin var olup olmadığı araştırılmıştır. Nitekim ancak iddia edilen zarara sebebiyet vermeye elverişli bir ürünün piyasaya sürülmesi halinde kusurlu bir davranıştan söz edilebilir. Burada Fransız Yargıtayı bilimsel literatürden destek almış ve DES molekülünü içeren ilaçların, söz konusu hastalıkların ortaya çıkmasındaki tek sebep olmamakla birlikte, temel bir risk faktörü olduğu sonucuna varmıştır<sup>5</sup>. Ancak burada bir objektif sorumluluk hali olmadığı için, ayıplı ilaçların piyasaya sürülmesi eyleminin kusur teşkil edip etmediği sorusu da gündeme gelmiş ve Yargıtay, ilaç üreticilerini, özen borcuna aykırı davranmış oldukları gerekçesiyle kusurlu bulmuştur<sup>6</sup>.

Böylece zarar ile kusurun ispatı açısından haksız fiil sorumluluğunun şartları yerine getirilmiş olmaktadır. Ancak Distilbène olayının asıl zorlu kısmı zarar ile kusurlu davranış arasındaki illiyet bağının ispatı noktasında yaşanmıştır. Şöyle ki, Fransa’da DES molekülünü içeren iki ilaç kullanılmıştır. Bu ilaçlar rakip iki firma tarafından aynı zaman diliminde piyasaya sürülmüştür. Bu nedenle, zarara hangi firmanın eylemin yol açmış olduğunun belirlenebilmesi için zarar görenin hangi ilacın tüketilmiş olduğunu ispatlaması gerekecektir. Ancak, ilaca anne karnındayken maruz kalınmakta, fakat hastalık kendisini yetişkinlik döneminde göstermektedir. Kusurlu eylem ile zarar arasındaki sürenin uzunluğunun bir sonucu olarak, anne karnında DES molekülüne maruz kaldığı için hastalandığını iddia eden kişi, bu molekülü içeren ilaçlardan hangisinin annesi tarafından bilfiil kullanılmış olduğunu bilmemekte ve ispatlayamamaktadır<sup>7</sup>. İşte bu aşamada, Fransız mahkemeleri “seçimlik illiyet” olarak bilinen sorunla karşı karşıya kalmışlardır.

---

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006, Cilt 55, Sayı 2, s. 229 vd.). Ancak Distilbène davalarına konu olan olaylar ilgili direktifin yürürlük tarihinden öncesine dayandığı için Yargıtay bu davalarda kusursuz sorumluluk ilkesini uygulamamış, üreticilerin sorumluluğunu genel norm niteliğindeki kusura dayalı haksız fiil kurallarına göre değerlendirmek durumunda kalmıştır.

5 Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, 7 Mart 2006, E. no 04-16179, Kararlar Bülteni no 142.

6 DES molekülünü içeren ilaçların tüketimi bağlamında Amerikan mahkemeleri de aynı sorunlarla karşılaşmış, 1980 tarihli “Sindell v. Abbott Laboratories” kararında kusur açısından benzer bir çözüm yolu benimsenmiştir. Gerek Fransız gerekse Amerikan yargıçları, bu ilaçları üreten firmaların, ilaçların yeteri kadar güvenli olup olmadığı yönünde gerekli testleri ve araştırmaları yapmamış oldukları, aslında henüz deneysel statüde olan ilaçları, çekincesiz bir biçimde piyasaya sürdükleri için, bu ilaçların yol açtığı ölçsüz zararları bilmekte veya bilecek durumda oldukları kabul edilmiştir (bkz. Randy S. Parlee, **a.g.m.** s. 614).

7 İspat güçlükleri konusunda, bkz, Steven D. Eimert, **a.g.m.**, s. 749.

Seçimlik illiyet, zararı birden çok fiilden biri meydana getirmiş olmasına rağmen, bunlardan hangisinin zararın sebebini teşkil ettiğinin tespit edilemediği hallerde söz konusu olur<sup>8</sup>. Örneğin, birden fazla kişinin ateş açması halinde bir kişinin yaralanması, ancak yaralıya isabet eden kurşunun hangi silahtan çıkmış olduğunun tespit edilememesi, kavgada yaralanan şahsı kavgaya katılanlardan hangisinin yaraladığının belli olmaması gibi durumlarda<sup>9</sup>, zarara potansiyel sorumlular içerisinde hangisinin yol açtığı belirlenememektedir<sup>10</sup>. Bu gibi hallerde, sorumluluk hukukunun genel ilkelerinin uygulanması ve böylece zarar görenin illiyet bağıını ispat etme yükümünü yerine getirememiş olması gerekçesiyle tazminat talebinin reddedilmesi<sup>11</sup> tartışmadan uzak bir çözüm olarak görülemez. Nitekim seçimlik illiyet sorunu, hukuk düzenini çatışan yararlar arasında tam bir ikileme sokmaktadır. Mağdurdan illiyet bağıının neredeyse imkânsız olan ispatının beklenmesi, salt aynı kusurlu eylemde bulunan kişilerin sayısının birden fazla olması nedeniyle zarar görenin tazminatsız bırakılması sonucunu doğuracak, bu sonuç hem sorumluluk hukukunun eski hale getirme ilkesiyle çatışacak, hem de kusurlu davranışıyla zarara yol açmış olan kişinin bundan sorumlu olmaması sonucunu doğuracaktır. Ancak illiyet bağıının ispatı gereğinden vazgeçilmesi de zarara yol açmamış olan kişilerin de zarardan sorumlu tutulmasına yol açacak, tazminat sorumluluğu sadece kusurlu davranışı cezalandırıcı bir nitelik alacaktır. Bu nedenle klasik

8 Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Düzeltilmiş 12. Bası, Beta, İstanbul, 2010, s. 509; Kemal Oğuzman/Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 8. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 525-526.

9 Türk-İsviçre hukukunun seçimlik illiyet sorunsalına bakışı açısından, bu ve diğer örnekler için bkz. Thomas Probst, "La causalité aujourd'hui", in *Journées de la responsabilité civile 2006, Les causes du dommage*, Genève/Bâle/Zurich 2007, s. 17, [http://www.privatrecht.ch/assets/files/test/Probst%20\(causalite\).PDF](http://www.privatrecht.ch/assets/files/test/Probst%20(causalite).PDF), s.9 (30.04.2013'te ziyaret edilmiştir); Fikret Eren, *a.g.e.* s. 509; Kemal Oğuzman/Turgut Öz, *a.g.e.*, s. 525-526. Örnekleri çoğaltmak mümkündür. Aynı durum, örneğin, birden fazla işyerinde aynı kimyasal maddeye maruz kalarak çalışmış bir işçinin, bu kimyasaldan ileri gelen hastalığının belirli bir işyerindeyken mi veya çalışma sürecinin bütünü nedeniyle mi ortaya çıktığının belirlenememesi halinde de söz konusudur. Nitekim bu olay İngiltere'de Fairchild kararının konusunu oluşturmuştur (bu karar için, bkz. Ken Oliphant, "Uncertain Factual Causation in the Third Restatement: Some Comparative Notes", 37 *William Mitchell Law Review* 1599 (2011), s. 1613). Aynı şekilde, zararlı bir kimyasalla boyanmış binalarda yaşamış veya çalışmış olan kişilere karşı bu binaların maliklerinin tamamının sorumlu olup olmayacağı Amerika'da tartışma konusudur (bkz. John S. Gray/Richard O. Faulk, *a.g.m.*, s. 102 vd.; M. Stuart Madden/Jamie Holian, "Defendant Indeterminacy: New Wine into Old Skins", 67 *Louisiana Law Review* 785 (2007).

10 Etienne Vergès, *a.g.m.*, s. 127 vd..

11 Christophe Quézel-Ambrunaz, "La fiction de la causalité alternative: Fondement et perspectives de la jurisprudence « Distilbène »", *a.g.m.*, s.1162.



ispat hukuku ilkelerinin tümünden göz ardı edilmesi de tartışma götürmez bir çözüm yolu teşkil etmemektedir. Bu ikilem nedeniyledir ki, farklı hukuk düzenleri seçimlik illiyet bağı konusunda farklı çözümler benimsemiş, kimi hukuk sistemleri, Türk-İsviçre hukukunda olduğu gibi<sup>12</sup>, geleneksel ispat yükü kurallarına bağlı kalmaya devam etmiş, kimileri ise bu alanda mağdur lehine bir ispat karinesi ihdas etmişlerdir. Bununla beraber, dünyadaki genel eğilim, seçimlik illiyet sorununun özel bir sorun olarak görülmesi ve farklı kurallara tabi tutulması gerektiği görüşünün yaygınlaşması yönündedir. Daha önceleri geleneksel ispat kurallarını uygulayan Fransız hukuku da 2009 yılında devrim niteliğinde bir karar vererek, seçimlik illiyet sorununu özel bir sorun olarak değerlendiren hukuk sistemleri arasına katılmıştır. Bu kararın etkisi, seçimlik illiyet sorununun çözümünde önem arz eden iki husus çerçevesinde, önce illiyet bağının ispatı, sonra da sorumluluğun kapsamı bağlamında ele alınacaktır.

## I. İLLİYET BAĞININ İSPATI

DES molekülünü içeren ilaç ile ileri sürülen hastalıklar arasında uygun illiyet bağının var olduğu kabul edildikten sonra kusurlu davranış, yani ilacı piyasaya sürme eylemi ile hastalıkların ortaya çıkması arasındaki illiyet bağının ispatı iki aşamalı bir problem olarak karşımıza çıkar.

DES molekülünün alınımının ilgili hastalığın ortaya çıkmasına neden olduğu bilimsel verilerce doğrulanmış ve Fransız Yargıtayı bunun “*facteur de risque majeur*”, yani temel bir risk faktörü olduğunu kabul etmiştir. Bununla beraber, DES molekülü söz konusu hastalıkların münhasır sebebi değildir. Başka bir deyişle, ilgili hastalıktan muzdarip bir kişinin bu durumunun sebebi moleküle maruz kalma olabileceği gibi, bununla ilgisi olmayan bir sebep de olabilir. Bu nedenle davacı, illiyet bağının ispatında öncelikle hastalığının se-

12 Türk-İsviçre hukunda seçimlik illiyet halinde ispat imkânsızlığı nedeniyle sorumluluğun söz konusu olmayacağı kabul edilmektedir (Fikret Eren, **a.g.e.** s. 509, Thomas Probst, **a.g.m.**, s. 10; araştırmamızın konusu olan ilaç üreticilerinin sorumluluğu açısından, bkz. Mehmet Akçalı, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İlaç Üreticisinin Hukukî Sorumluluğu”, Ankara Barosu Dergisi 2012, Sayı 3, s. 253 vd., s. 284). Yargıtayımız da seçimlik illiyet halinde potansiyel sorumlular arasında davranış birliği bulunmaması durumunda sorumluluğun sözkonusu olmayacağını obiter dictum ifade etmiştir (Y. 4. C.D., 22.11.1984, E. 1984/764 K. 1984/8641; Y. 4. H. D. 19.09.1977, E. 1977/7150, K. 1977/8449; Y. 4. H. D., 23.12.1977, E.1976/12706, K. 1977/12354; Y. 4. H. D., 21.03.1983, E. 1983/1998, K. 1983/2984; Y. 4. H. D., 22.11.1984, E. 1984/7621, K. 1984/8641). Ancak belirsizliğin yükünü zarar görene yükleyen bu geleneksel yaklaşım bazı yazarlarca eleştirilmekte ve bunun yerine, potansiyel sorumlular arasında müteselsil sorumluluğun benimsenmesi veya sorumluluğun zarara yol açmış olma ihtimaliyle orantılı olarak paylaşılması önerilmektedir (Thomas Probst, **a.g.m.**, s. 10).

bebinin molekül alımı olduğunu, yani ilgili moleküle maruz kaldığını ispat etmelidir. Eğer bu durum ispat edilebilirse, hastalığın bundan ileri gelmiş olduğu karine olarak kabul edilecektir. Bu ispat yükü yerine getirilmedikçe ilaç üreticilerinin zarardan sorumlu tutulması düşünülemez. Nitekim Yargıtay da bu konuyu ısrarla vurgulamış ve bu açıdan ispat yükünde esneklik göstermemiştir. Buna göre, anne karnında DES molekülüne maruz kalmış olmak davacının maruz kaldığı hastalığın tek sebebi olmadığından, davacının ilgili moleküle maruz kalmış olduğunu ispat edemediği durumlarda tazminat talebinin reddedilmesi gerekir<sup>13</sup>.

Moleküle maruz kalınmış olduğunun ispatı, hastalığın o molekülün alımından kaynaklandığının ispatı için yeterlidir. Bu aşamada illiyet bağı sorunsalının ikinci boyutuna gelinir. İlgili molekül farklı laboratuvarlarca üretilen birden fazla ilacın içerisinde bulunduğuna göre, sorumlu üreticinin tespit edilmesi için, zarar görenin hangi ilacı almış olduğunun da bilinmesi gerekmektedir.

İlliyet bağının ispatı konusundaki geleneksel kurallara göre, bu durumun ispatı da zarar görene düşer. Bu kişi, hangi ilacın tüketilmiş olduğunu ispat edecektir. Ancak burada olayın özellikleri istenen hususun ispatını imkânsız kılmaktadır. Öncelikle, molekül etkisini onlarca yıl sonra, henüz cenin durumundayken moleküle maruz kalan kadınların yetişkinlik dönemlerinde göstermektedir. Bu nedenle, hangi ilacın alınmış olduğunu gösteren kayıtlara ulaşılması imkânsız hale gelmiştir. Öte yandan, bu kayıtlara ulaşılsa bile, bunların güvenilirliği hakkında kuşku duyulacaktır. Nitekim hekim belirli bir ilacın alınmasını öngörmüş olmasına rağmen, eczacının benzer nitelikte başka bir ilacı satmış olması hiç de ihtimal dışı bir durum değildir. Son tahlilde, zarar gören, hangi ilaca maruz kaldığını, başka bir deyişle, zararının farklı kişilerce, birbirinden bağımsız bir biçimde işlenmiş hangi kusurlu hareketin sonucu olarak ortaya çıktığını ispatlayamamaktadır. Başka bir deyişle, ilaç üreticilerinden birinin bu zarara sebebiyet vermiş olduğu kesindir, ancak hangisinin olduğu belirlenememektedir.

Bu durumda illiyet bağının ispatı engelini aşmak için ilk akla gelen, ortak hareket teorisidir. Nitekim seçimlik illiyet sorunu bağlamında, ispat yükünün

13 Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, 24 Eylül 2009, E. no: 08-10081, Kararlar Bülteni no 186: “*Mais attendu qu’après avoir, à bon droit, retenu qu’il appartenait à Mme X... de prouver qu’elle avait été exposée au médicament litigieux dès lors qu’il n’était pas établi que le diéthylstimbrestrol était la seule cause possible de la pathologie dont elle souffrait, la cour d’appel a constaté qu’elle ne rapportait pas une telle preuve*”.

zarar görende olması kuralına getirilen evrensel bir istisna bulunmaktadır; o da zarara yol açması muhtemel münferit davranışları bir bütün olarak değerlendirebilmekten, dolayısıyla, potansiyel failer arasında bir hareket birliğinin, bir ortak kusurun saptanabilmesinden geçer. Gerek kıta avrupasında, gerekse Anglo-saxon hukukunda, failer arasında ortak bir kusurun varlığı, zarar göreni zararı oluşturan davranışa hangi failin yol açtığını ispat yükümünden kurtarılır<sup>14</sup>. Bizim Yargıtayımız da zarara yol açan nedenlerin birlik görüntüsü arzemesi halinde birlikte sorumluluk kuralının uygulanacağını kabul etmektedir<sup>15</sup>. Fransız hukukunda bu hipotez bir kanun hükmüyle öngörülmemiştir, ancak Yargıtay uzun süredir, ortak bir hareketin sonucu olarak ortaya çıkan zarardan, bu harekete iştirak etmiş olan her kişinin müteselsilen sorumlu olduğuna hükmetmektedir<sup>16</sup>. Av kazaları<sup>17</sup>, sportif bir aktivite esnasında veya ortak bir oyunda ortaya çıkan zararlar<sup>18</sup> ve grup halinde işlenmiş suçlar<sup>19</sup>, bu durumun somut örneklerini oluşturmaktadır. Bu yaklaşım, komşuluk hukukuna aykırı, zarar verici davranışları kimin gerçekleştirdiğinin bilinmediği durumlarda aynı evde oturan herkesin sorumlu tutulabilmesini de sağlamaktadır<sup>20</sup>

Ancak Distilbène olaylarında bu teorinin uygulanması mümkün olmamıştır. Nitekim benzer ilaçların iki farklı üretici tarafından aynı zamanlarda piyasaya sürülmüş olması bu kişiler arasında ortak bir hareket olarak yorumlanamaz<sup>21</sup>. Bu istisnanın uygulanamıyor olması, bizi sorumluluk hukukunun genel ilkelerine götürür. Bu konuda geleneksel kuralların uygulanması ise

14 “Concert of action theory” için, bkz. Randy S. Parlee, **a.g.m.**, s. 615-616; Richard P. Murray, “Sindell v. Abbott Laboratories: A Market Share Approach to DES Causation”, 69 California Law Review 1179 (1981), s. 1183; Anonim karar incelemesi, “Market Share Liability Adopted to Overcome Defendant Identification Requirement in DES Litigation, Sindell v. Abbott Laboratories”, 59 Washington University Law Quarterly 571 (1981), <http://digitalcommons.law.wustl.edu/lawreview/vol59/iss2/10>, s. 575 vd. (30.04.2013’te ziyaret edilmiştir).

15 Bkz. supra, 12. dipnotta anılan kararlar.

16 Cristina Corgas-Bernard, “La pluralité de responsables en droit français et dans d’autres ordres juridiques nationaux”, Rapport au séminaire de Genève organize par l’Université de Rennes I le 26-27 mars 2010, [http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267956\\_ccorgas.pdf](http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267956_ccorgas.pdf), no 14 vd (30.04.2013’te ziyaret edilmiştir),

17 Yargıtay Ceza Dairesi, 13 Kasım 2003, E. no 03-81691.

18 Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 6 Mart 1975, E. no **73-13697**, Kararlar Bülteni no 79.

19 Yargıtay Ceza Dairesi, 13 Kasım 1975, E. no **74-92290**, Kararlar Bülteni No 247; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 2 Nisan 1997, E. no **95-14428**, Kararlar Bülteni No 112.

20 Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 2 Mart 1994, E. no **92-15027**, Kararlar Bülteni no 85.

21 Patrice Jourdain, “Une nouvelle présomption de causalité, au profit cette fois des victimes du DES ou distilbène”, **a.g.m.**, s. 112.

mahkemeleri tazminat talebini, illiyet bağının ispat edilememesi gerekçesiyle reddetmeye zorlar. Nitekim yakın zamanda Fransız Yargıtayı benzer olaylarla karşılaşmış ve tazminat talepleri ispat yükünün yerine getirilmemiş olması nedeniyle reddedilmiştir. Örneğin, ayıplı kan nakli nedeniyle Hepatit C virüsü kapalı hastanın, kendisine nakledilen kanı tedarik eden vakfa açtığı tazminat davası, ayıplı kanı bu vakfın mı yoksa aynı kuruma kan sağlayan başka bir kurumun mu sağladığının anlaşılammış olması nedeniyle reddedilmiştir<sup>22</sup>. Daha yakın tarihli bir kararda, iki doktor tarafından ayrı ayrı enjekte edilen ilaçlardan birinin hastalığa yol açmış olduğu kesin olmakla beraber, hastalığın hangi doktorun eyleminin sonucu olduğunun belirlenemediği gerekçesiyle mağdurun tazminat talebi reddedilmiştir<sup>23</sup>.

İşte Distilbène davaları ile Fransız Yargıtayı bu içtihadını değiştirmiş olmaktadır. 2009 yılında verilen bir kararda, Fransız Yargıtayı zarar gören lehine, illiyet bağının ispatı alanında bir karine yaratmıştır<sup>24</sup>. Buna göre, zarar gören, anne karnında DES molekülüne maruz kaldığını ispat edebiliyorsa, ispat yükü ilaç üreticilerine geçecek ve zarara yol açan ürünün kendi ürettiği ürün olmadığını ispat edemeyen her üretici zarardan sorumlu olacaktır. Bu kararın 2010 yılında tekrarlanması, bu karinenin, en azından Distilbène olayın bağlamında ortaya çıkan seçimlik illiyet sorununun çözümü için genel geçer bir kural olarak ortaya konulduğunu gösterir<sup>25</sup>. Her ne kadar bu, aksinin ispatı mümkün bir karine olarak ortaya konulmuş ise de<sup>26</sup>, pratikte bunun ispatının çoğu zaman mümkün olmaması<sup>27</sup>, “karine” olarak nitelendirilmesinin eleş-

22 Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, 28 Mart 2000, E. no: 98-10007.

23 Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, 23 Kasım 2004, E. no: 03-16865.

24 Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, 24 Eylül 2009, E. no: 08-16305, Kararlar Bülteni No 187: “(...) Mme Y... avait été exposée in utero à la molécule litigieuse, de sorte qu’il appartenait alors à chacun des laboratoires de prouver que son produit n’était pas à l’origine du dommage(...)”.

25 Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, 28 Ocak 2010, E. no: 08-18837, Kararlar Bülteni no 22 : “(...) en cas d’exposition de la victime à la molécule litigieuse, c’est à chacun des laboratoires qui a mis sur le marché un produit qui la contient qu’il incombe de prouver que celui-ci n’est pas à l’origine du dommage (...)”.

26 Amerikan hukukunda New York istinaf mahkemesi ilaç üreticilerinin karineyi çürütmelerine imkan tanımayan bir karar vermiştir. Bu karar için bkz. William D Wilson, “Market Share Liability--Did New York Go Too Far?: Hymowitz v. Eli Lilly & Co.”, 64 St. John’s Law Review, Article No 7 (1990). Bu çözüm yolu, üreticileri birer sigortacıya dönüştürdüğü gerekçesiyle eleştirilmiştir (Ibid., s. 373).

27 Karinenin çürütülmesi, örneğin, söz konusu firmanın zarara yol açan ilacın tüketildiği zaman aralığında faaliyette bulunmadığı veya ilgili bölgeye dağıtım yapmadığının ispatı ile mümkün olabilir.

tirilmesine yol açmıştır<sup>28</sup>. Kullanılan mekanizmanın niteliği ne olursa olsun, burada önemli olan, Yargıtay'ın korunması gereken çıkarlar arasındaki tercihini mağdurlar lehine yapmış olması ve böylece illiyet bağı konusundaki şüphenin yükünü potansiyel faille yüklemiş olmasıdır.

Seçimlik illiyet bağlamında geleneksel sorumluluk kurallarından ayrılıyor olması, klasik kuralların bu özel durumda beklenen adil sonucu doğurmamasından ileri gelir. Bu çözümü benimseyen “Avrupa Özel Hukukunun İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları – Ortak Referans Noktalarına ilişkin Taslak” [DCFR] kurallarının gerekçesinde de belirtildiği gibi, bu istisnai çözümün temel sebebi adalet arayışıdır<sup>29</sup>. Adaletle kastedilen ise, kusurlu bir davranışta bulunan kişinin, sadece bir başkasının da aynı kusuru işlemesi ve bu nedenle zarara hangisinin yol açtığı belirlenememesi gerekçesiyle sorumluluktan kurtulmasına izin verilmemesidir. Bu nedenle zararın kaynağının belirlenemediği durumlarda bu belirsizlik riski zarar gören tarafından değil, kusurlu davranışta bulunan kişiler tarafından taşınmalıdır. Bu çözüm yolu, tıpkı Distibene olayında olduğu gibi, zarar görenlere ispat yükünün yerine getirilmemesinde hiçbir kusur isnat edilemeyeceği hallerde özellikle geçerlidir<sup>30</sup>.

Zarar gören lehine yaratılan ispat karinesi, en azından kitlesel zararlar bağlamında, ekonomik analizle de desteklenmektedir. Oluşan mali yük açısından, ilaç üreticileri, sorumluluğun mali yükünü, gerek yaptıkları sigorta sözleşmeleri aracılığıyla, gerekse satım fiyatlarına yansıtarak topluma dağıtabilme imkânına sahiptir<sup>31</sup>. Öte yandan, ilaç tüketicilerini riske atan davranışların yaptırımı tabi tutulması, üreticileri daha sorumlu davranışa iten bir faktördür<sup>32</sup>.

Seçimlik illiyet bağlamında izlenen bu çözüm bazı olumsuz sonuçları da kaçınılmaz olarak beraberinde getirecektir. Örneğin, bir ürünün piyasaya sürülmesi için gerekli olan süreç uzayacak ve bunun maliyeti son tahlilde

28 Christophe Quézel-Ambrunaz, “La fiction de la causalité alternative: Fondement et perspectives de la jurisprudence « Distibène »”, **a.g.m.**, s. 1162 vd.

29 Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), [http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf), s. 3452 (05.05.2013'te ziyaret edilmiştir).

30 Randy S. Parlee, **a.g.m.** s. 627.

31 Ibid., s. 627-628, Richard P. Murray, **a.g.m.** s. 1186.

32 Randy S. Parlee, **a.g.m.** s. 627-628.

tüketicilere yansiyacaktır<sup>33</sup>. Fiyat artışı ilaç tüketimini azaltıcı bir rol oynayacaktır. Bununla beraber bütün bu olumsuz etkiler, insan sağlığına ciddi anlamda zarar veren ve kitlelerce tüketilen ilaçların piyasada bulunmamasının yaratacağı kazanç gözetilerek değerlendirilmelidir. Aynı şekilde, ispat yükünü yerine getiremeyen kişinin, bu yükü yerine getirebilene oranla daha avantajlı bir duruma gelmesi yönündeki eleştiri de<sup>34</sup>, bu yöndeki bir adaletsizliğin birinci gruptaki kişilerin tazminat taleplerinin tümüyle reddedilmesinin yol açtığı adaletsizlikten daha katlanılabilir olması ile cevaplanabilir.

Belirtilmelidir ki bu çözüm yolunun üretimi engelleyici yolda etki edeceği korkusu, söz konusu teorinin sınırlarının altı çizilerek giderilebilir. Şöyle ki, DES olaylarında tüm sorumluların kusurlu olduğu baştan tespit edilmiştir, başka bir deyişle, seçimlik illiyetin kabulü kusurun ispatı için değil, zarara kimin katlanacağına belirlenmesi için kullanılmıştır<sup>35</sup>. Aynı şekilde zarara yol açan ürün yan etkilerini çok uzun süre sonra göstermekte ve illiyet bağının ispatını imkânsız hale getirmektedir.<sup>36</sup> Bu gibi şartların bulunmadığı hallerde seçimlik illiyet teorisi uygulanmayabilir.

Aslında Fransız hukuku açısından devrim niteliğinde olan bu karar karşılaştırmalı hukuk açısından bir ilk değildir. Pek çok hukuk sistemi seçimlik illiyet bağlamında zarar görenin içinde bulunduğu ispat imkânsızlığı sorununu onun lehine bir illiyet karinesi kurarak çözümlenmektedir<sup>37</sup>. Amerikan

33 Richard P. Murray, **a.g.m.** s. 1200 vd.

34 Randy S. Parlee, **a.g.m.**, s. 632; diğer eleştiriler için bkz. Clifton Perry, "Tort Reform and the Market-Share Rule", 7 *Cato Journal* 449 (1987), s. 455 vd. Ancak bu yazarlar genel olarak söz konusu çözüm tarzını desteklemektedirler.

35 Allen Rostron, **a.g.m.**, s. 224.

36 Randy S. Parlee, **a.g.m.**, s. 635.

37 Belirtelim ki bu yaklaşım öğretilerde her zaman kabul görmemektedir. Özellikle Amerikan hukukunda, zarara yol açmamış olma ihtimali olan kişilerin zarardan sorumlu tutulması eleştirilmektedir. Bu görüşteki yazarlar, bu tür olaylarda sorumluların zarar göreni kusurlu olarak belirli bir riske tabi tutmuş olmaları nedeniyle tazminata mahkûm olmaları gerektiğini, başka bir deyişle, zarar görme riskini arttırmanın başlı başına tazmini mümkün bir zarar olduğunu ileri sürmektedirler. Bu görüşte, bkz. Richard W. Wright, "Causation in Tort Law", 73 *California Law Review* 1735 (1985), s. 1819 vd. İngiliz hukukunda, bir riskin doğumuna esaslı katkı sağlamaktan ötürü sorumluluk kavramı, kurşun maddesine maruz kalmaktan doğan hastalıklar bağlamında açıkça kabul edilmiştir (2002 tarihli "Fairchild vGlenhaven Funeral Services Ltd" kararı için, bkz. Ken Oliphant, **a.g.m.**, s. 1613). Aksi görüşte, bkz. William D Wilson, **a.g.m.**, s. 373-374: bu yazara göre, sadece risk oluşturulması, zarar doğmadığı sürece haksız fiil sorumluluğuna yol açamaz, aksi takdirde, risk taşıyan ürünlerin üreticileri birer sigortacıya dönüştürülmüş olur.

mahkemeleri, hareket birliği içermeyen seçimlik illiyet sorununu 1948 tarihli Summers kararıyla aynı şekilde çözmüş<sup>38</sup> ve Distilbene molekülünün yol açtığı zararlar konusunda da 1981 tarihli Sindell kararı Summers içtihadını izlemiştir<sup>39</sup>. Alman Medeni Kanunu 830. paragrafı ile seçimlik illiyet halinde failer arasında hareket birliği aramaksızın zarar göreni ispat yükünden kurtaran bir çözüm yolu ihdas etmiştir<sup>40</sup>. Avusturya hukukunda ise mahkeme kararları aynı çözümü benimsemişlerdir<sup>41</sup>. Aynı çözüm Yunan Medeni Kanununun 926. maddesinin ikinci fıkrasında da yerini bulmuştur. Sorumluluk hukukuna ilişkin iki önemli uluslararası doktriner çalışma da bu yolu seçmiştir: Avrupa Sorumluluk Hukukunun Esasları, 3.103 maddesinde, DCFR ise 4:103 maddesinde seçimlik illiyet sorununu illiyet bağı karinesi ihdas ederek çö-

- 
- 38 Bu kararda özensizce aynı doğrultuda ateş eden avcılardan birinin silahından çıkan kurşun, davacıyı yaralamış ve ne davacı, ne de davalılar zarara hangi davalının yol açtığını ispat edebilmişlerdir. California Yüksek Mahkemesi, davalılardan biri zarara kendisinin yol açmamış olduğunu ispatlayana kadar her iki davalının da müteselsilen sorumlu olacağına hükmetmiştir. Bu içtihat, “*Restatement (Second) of Torts*” ile de kanun hükmü haline gelmiştir (Section 433B-3). Bu konuda bkz. Randy S. Parlee, **a.g.m.**, s. 622-623; Ken Oliphant, **a.g.m.**, s. 1603.
- 39 “Sindell v. Abbott Laboratories” kararının analizi için, bkz. Richard P. Murray, **a.g.m.**; Steven D. Eimert, **a.g.m.**, s. 747 vd. ; Allen Rostron, **a.g.m.**, s. 159 vd.; Randy S. Parlee, **a.g.m.**, s. 609 vd.; John S. Gray/Richard O. Faulk, **a.g.m.**, s. 110 vd.; M. Stuart Madden/ Jamie Holian, **a.g.m.**, s. 793 vd.; Colleen T. Davies, “Punitive Damages in DES Market Share Litigation,” 23 Santa Clara Law Review 185 (1983).
- 40 Alman Medeni Kanunu’nun 830 paragrafının ilk fıkrasının ilk cümlesine göre, zarara birden fazla kişi tarafından ortak kusur işlenerek sebebiyet verilmesi halinde, bu kişilerden her biri zarardan sorumlu olacaktır. 2. cümleye göre ise aynı sonuç, zarar verici olaya karışmış olan birden fazla kişinin hangisinin zarara fiilen sebebiyet verdiğinin belirlenemediği hallerde de geçerlidir (“*Haben mehrere durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung einen Schaden verursacht, so ist jeder für den Schaden verantwortlich. Das Gleiche gilt, wenn sich nicht ermitteln lässt, wer von mehreren Beteiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat*”). Bu fıkranın ikinci cümlesi, sorumlular arasında hareket birliğinin olmadığı hallerde de aynı çözümün uygulanacağı anlamına gelmektedir, zira aksi takdirde bu cümle anlam taşımamaktadır. Bu görüşte, Ken Oliphant, **a.g.m.** s. 1611.
- 41 Bu konuda bkz Ken Oliphant, **a.g.m.**, s. 1625. 2005’te tamamlanan Medeni Kanun taslağının 1294. paragrafının ikinci cümlesi de bu hallerde sorumluluğun, sorumluluk nedeni ile zarara yol açmış olma ihtimaline göre potansiyel failer arasında dağıtılacağını öngörmektedir ( bkz. Jorge Sinde Monteiro, “Définition de la causalité : la causalité dans les projets nationaux”, Rapport au séminaire de Genève organize par l’Université de Rennes I le 26-27 mars 2010, [http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267958\\_jsmonteiro.pdf](http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267958_jsmonteiro.pdf), s. 3 (30.04.2013’t e ziyaret edilmiştir); Bénédict Winiger, “Auteurs multiples dans les projets nationaux de révision de la responsabilité civile et dans les (Principles of European Tort Law (PETL)”, Rapport au séminaire de Genève organisé par l’Université de Rennes I le 26-27 mars 2010, [http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267954\\_winiger.pdf](http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267954_winiger.pdf), s.6 (30.04.2013’t e ziyaret edilmiştir).



müşlerdir. İşte Fransız hukuku, 2009'da verilen kararlar bu anlayışa katılmış olmaktadır<sup>42</sup>.

Zarar görenin illiyet bağının ispatı yükünden kurtarılması, potansiyel faillerden her birinin oluşan zarardan sorumlu olacağı anlamına gelmektedir. Bu aşamada başka bir soru ortaya çıkmaktadır. Zarardan birden fazla kişi sorumlu olduğuna göre, her bir failin sorumluluğunun kapsamı ne olacaktır?

## II. SORUMLULUĞUN KAPSAMI

Seçimlik illiyet bağlamında birden fazla kişinin oluşan zarardan sorumlu tutulması halinde bu sorumluluğun paylaşılması için iki çözüm yolu vardır.

Bu yollardan birincisi, sorumluluğun, failer arasında her birinin zarara yol açmış olma ihtimali çerçevesinde, orantılı sorumluluk ilkesine göre dağıtılmasıdır<sup>43</sup>. Bu ihtimalin hangi ölçütlere göre hesaplanacağı olaylara göre değişiklik gösterebilir. Distilbène ve benzeri olaylarda zarara yol açan maddenin üreticilerinin zarar verme olasılığının ölçütü, bu üreticilerin pazar paylarıdır (*market share liability*). Pazar payı teorisine göre, mağdurun belirli bir firmanın ürettiği ilacı kullanmış olma ihtimali, ilgili firmanın pazardaki konumuyla doğru orantılıdır. Böylece, örneğin pazar payı yüzde on olan firma oluşan zararın sadece yüzde onundan sorumlu tutulacaktır. Bu sistemde her bir sorumlunun üstlenmesi gereken miktar, pazardaki payına göre hesaplandığından, zararının tamamını tazmin ettirmek isteyen mağdurun, ilgili ilaç pazarındaki firmaların tümünü, ya da en azından önemli bir kısmını hasım olarak göstermesi gerekir.

42 Avrupa Birliği'nin 25 Temmuz 1985 tarihli ayıplı mallardan sorumluluğa ilişkin direktifi seçimlik illiyet sorununa değinmemiştir. Komisyonun raporuna göre direktifin hazırlanması aşamasında bu sorun, özellikle pazar payı teorisinin uygulanabilirliği (bkz. infra, 2. bölüm) açısından gündeme gelmiş, ancak bu yönde bir çözümün sorumluluk hukukunun temel kurallarına aykırı olacağı gerekçesi ile direktifte bu çözüme yer verilmemiştir (Report from the Commission on the Application of Directive 85/374 on Liability for Defective Products/COM/2000/0893final, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52000DC0893:EN:HTML>, paragraf no 14 (30.04.2013'te ziyaret edilmiştir). Direktif, mağdur lehine illiyet bağı karinesi öngörmektense 3(3) maddesiyle üreticinin belirlenemediği durumlarda dağıtıcının sorumluluğuna gidilebileceğini belirterek mağdurun tazminat hakkını güvence altına almaya çalışmıştır. Bize göre, özenli davranışa teşvik ve böylece zarar doğuran durumun azaltılması açısından, ispat karinesi vasıtasıyla tüm üreticilerin pazar payları nisbetinde sorumlu tutulması, ürünün sağlamlığını test etme imkânı ve yükümlülüğü olmayan dağıtıcının sorumlu tutulmasına oranla daha amaca uygun bir çözüm yoludur.

43 Orantılı sorumluluk ilkesi için bkz. Allen Rostron, **a.g.m.**, s. 151 vd.



Diğer bir çözüm yolu ise daha klasik nitelikteki müteselsil sorumluluk ilkesinin uygulanmasıdır. Buna göre her bir sorumlu mağdura karşı oluşan zararın tümünden sorumlu olacaktır. Ancak burada rücu ilişkisinde yine ikili bir çözüm karşımıza çıkar. Birinci yol, mağdura karşı müteselsilsen sorumlu olan firmaların, kendi iç ilişkilerinde sadece pazar payları oranında sorumlu olmalarıdır. Böylece bir yandan mağdura karşı koruyucu bir politika izlenmekte, diğer yandan da sorumluluğun nihai yükü her bir firmanın zarara yol açmış olma ihtimaline göre hesaplanmış olmaktadır. İkinci yol ise iç ilişkide de müteselsil sorumluluğun klasik ilkelerini uygulamaktan geçer. Başka bir deyişle, rücu ilişkisinde nihai yük sorumluların kusurlarının ağırlığına göre, bu konuda bir derecelendirme kurulamaması halinde ise eşit olarak dağıtılacaktır.

Seçimlik illiyet bağlamında bir ispat karinesi ihdas etmiş, böylece zarara yol açmış olması muhtemel kişilerin tamamını zarardan sorumlu tutmuş olan hukuk sistemleri, sorumluluğun kapsamı açısından farklı çözümlere gitmişlerdir. Bu bağlamda önceleri müteselsil sorumluluğu benimseyen Amerikan mahkemeleri, ilk kez 1980 tarihinde, “Sindell v. Abbot Laboratories” kararında, Fransa’da olduğu gibi DES molekülünü içeren ilaçların kullanılması nedeniyle doğan zararların tazmini çerçevesinde pazar payı teorisini uygulamışlardır<sup>44</sup>. Bugün bu teori birçok Amerikan mahkemesince uygulanmakta<sup>45</sup> ve öğretilde diğer seçimlik illiyet örneklerinde de uygulanması gerektiği savunulmaktadır<sup>46</sup>. İngiliz Hukuku da 2002 tarihli “Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd” ve 2006 tarihli “Barker v. Corus UK Ltd” kararlarında, birden fazla işyerinde, aynı kimyasal maddeyi soluyarak çalışmış olan ve hastalığa hangi anda kapıldığı belirlenemeyen işçiye karşı işyeri sahiplerini orantılı so-

44 Bu karardan önce mahkemelerin vardığı çözüm yolları için, bkz Steven D. Eimert, **a.g.m.**, s. 751 vd.

45 Bu içtihadı uygulayan ve uygulamayı reddeden kararlar için, bkz. John S. Gray & Richard O. Faulk, **a.g.m.** s. 113 vd; M. Stuart Madden/Jamie Holian, **a.g.m.** s. 799 vd. Ancak bu teori DES davaları dışında çok daha sınırlı bir uygulama alanı bulmaktadır (M. Stuart Madden/Jamie Holian, **a.g.m.**, s. 803)

46 Benjamin Thomas Greer, “Market Share Liability Shouldn’t Die: Proposed Application to Agricultural Pesticides and the Need to Refine the Apportionment of Liability”, 17 San Joaquin Agricultural Law Review 85 (2007-2008); Paul Homer, “Indivisible Injury Negligence and Nuisance Cases –Proving Causation Among Multiple-Source Polluters: A State-by-State Survey of the Law for New England, and a Proposal for a New Causation Framework”, 3 University of New Hampshire Law Review 75 (2004); daha kapsamlı bir inceleme için, bkz. Allen Rostron, **a.g.m.**, s. 173 vd.

rumluluk ilkesine göre sorumlu tutmuştur<sup>47</sup>. Avrupa Sorumluluk Hukukunun Esasları da “Seçimlik Sebepler” başlıklı 3.103 maddesinde benzer bir çözüm yolu benimsemiştir<sup>48</sup>. Buna göre, “ Birden çok faaliyetten her birinin zararı meydana getirmeye elverişli olması ve somut olayda zararı meydana getirmiş olan faaliyetin belirlenememesi durumunda, her bir faaliyet zarara yol açma olasılığı ölçüsünde uğranılan zararın sebebi sayılır”. Burada da sorumluların pazar paylarının sorumluluklarının kapsamının belirlenmesinde rol oynayacağı açıktır<sup>49</sup>. Buna mukabil Alman hukukunda ve Yunan hukukunda müteselsil sorumluluk çözümü benimsenmiştir. DCFR de, 4:103 numaralı maddesinde illiyet bağı karinesi ihdas etmekle beraber, sorumluluğun müteselsil olacağını öngörmüştür.

Fransa’da Distilbène olayında zarara yol açan ilaçları piyasaya süren iki üreticinin pazar payları arasında büyük bir fark olması, mahkemeler önünde bu değişik çözüm yollarının tartışılması sonucunu doğurmuştur. Yargıtay’ın çözümü ise gerek mağdurla olan ilişkide, gerekse rücu ilişkisinde, sorumluların pazar paylarına itibar edilmemesi ve müteselsil sorumluluk ilkelerinin uygulanması yönünde olmuştur. Buna göre, zarar gören, zararının tamamının tazminini ilaç üretici firmalardan herhangi birinden talep edebilecektir. Rücu ilişkisi de Fransız hukukunda müteselsil sorumlulukta kabul edilen genel kuralları izleyecektir. Fransız hukukunda bu iç ilişki, olayın özelliklerine göre, genellikle kusurun ağırlığına göre yapılmaktadır<sup>50</sup>. Sorumlular arasında kusurun ağırlığı açısından bir fark olmadığı veya kusursuz sorumluluk esaslarının uygulandığı hallerde sorumluluğun ağırlığı sorumlular arasında eşit olarak bölüştürülür. Distilbène olayında üretici firmaların kusur oranları eşit olduğundan, tazminat sorumluluğunun nihai yükü sorumlular arasında yarı yarıya bölüştürülecektir.

Yargıtay’ın zarar görene karşı pazar payı teorisini uygulamayarak müteselsil sorumluluk çözümünü benimsemesi şaşırtıcı değildir ve hatta denilebilir ki, bu hukuk sisteminin şu anda dayandığı değerler bağlamında bunun aksine bir çözüm beklenemez. Şöyle ki, Fransız hukuku zarar göreni koruyucu tutumuyla tanınır ve zarar görenin tazminatın tamamına ulaşması için ona

47 Ken Oliphant, **a.g.m.**, s. 1614. Bununla beraber, Compensation Act 2006 bu konuda orantılı sorumluluk yerine müteselsil sorumluluğu öngörmüştür (Ibid., s. 1615).

48 İlliyet bağı konusundaki çözümler için genel olarak bkz. Bénédict Winiger, **a.g.m.**, s. 1 vd.

49 Bu seçimin açıklaması için, bkz. **Bernhard A. Koch**, “The ‘Principles of European Tort Law’”, 8 *Era-Forum* 107 (2000), s. 110.

50 Cristina Corgas-Bernard, **a.g.m.**, no 45.

her türlü kolaylığı sağlar. Müteselsil sorumluluk ilkesi de zarar gören için bir güvence olarak görülmekte ve failerin birden fazla olduğu her olasılıkta uygulanmaktadır. Burada amaç, zarar göreni, zararın oluşmasında katkı payı bulunan kişilerin maddi aczine karşı korumak, sorumluların nihai paylarının belirlenmesi amacıyla davanın uzamasına engel olmak ve onu zararının tamamının karşılanması için birden fazla dava açmak külfetinden kurtarmaktır<sup>51</sup>. Öte yandan, zarar görene karşı müteselsilen sorumlu olunması, davalı olarak gösterilen firmaların, kendilerine nihai olarak yüklenecek olan sorumluluk payından daha fazla ödeme yapmaları riskini doğuracağından, bu firmaları, zarardan sorumlu olması muhtemel diğer firmaları da davaya çekmeye teşvik etmektedir. Böylece, zarar görenin bu konuda bir araştırma yapmasına gerek kalmadan, seçimlik illiyet çerçevesinde zarardan sorumlu olan firmaların tümü veya büyük bir kısmı davaya dâhil olacaktır. Bu durum, bir yandan zarar görenin hakkına kavuşmasını sağlarken, öte yandan, zarara bilfiil yol açmış olan firmanın da sorumluluktan kurtulmasına engel olmak ve rücu ilişkisinin de en kısa zamanda tasfiye edilebilmesini sağlamak açısından avantaj sağlamaktadır.

Bununla beraber, zarar görenle sorumlular arasındaki bu ilişki, sorumluların iç ilişkisinden bağımsızdır. Rücu esnasında sorumluluğun kapsamı başka kurallara göre belirlenecektir. Bu aşamada, ne Fransız hukukunda, ne de illiyet bağının ispatı konusunda benzer ilkeleri paylaşan Türk-İsviçre ve Alman hukuklarında, orantılı sorumluluk ilkesinin ve buna bağlı olarak pazar payı teorisinin uygulanmaması için bir sebep yoktur. Müteselsil sorumluluk ilkelerinin uygulanarak zararın sorumlular tarafında bölüştürülmesi elbette uygulaması daha kolay bir çözüm yoludur. Buna karşılık sorumluluğun pazar payları oranında dağıtılması zarara yol açmış olma ihtimalini daha çok gözönüne aldığından, daha adil bir çözüm yolu olarak görünmektedir<sup>52</sup>. Böylece, sorumluluğun kapsamı açısından pazar payı teorisinin ve genel olarak orantılı sorumluluk ilkesinin uygulanması, zarara yol açmış olması muhtemel kişilerin tümünün zarardan sorumlu tutulmasının yarattığı yükü dengeleyici bir faktör olmaktadır<sup>53</sup>. Belirtilmelidir ki, bu teori uygulandığında, her bir davalının, davacıların tümüne karşı yüklendiği toplam sorumluluğun kapsamı, her bir davada illiyet bağı ispat edilebilseydi oluşacak kapsam ile aynı olmaktadır<sup>54</sup>.

51 Cristina Corgas-Bernard, **a.g.m.**, no 24.

52 Amerikan mahkemelerinin bu doğrultudaki görüşü için, bkz. Richard P. Murray, **a.g.m.**, s. 1182; William D Wilson, **a.g.m.**, s. 371-372.

53 William D Wilson, **a.g.m.**, s. 376. Böylece, her bir sorumlunun bir diğerinin yol açmış olması daha muhtemel olan zararı üstlenmeme yönündeki haklı beklentileri karşılanmış olmaktadır; bkz. Steven D. Eimert, **a.g.m.** s. 775; Allen Rostron, **a.g.m.**, s. 214.

54 Randy S. Parlee, **a.g.m.**, s. 630; Richard P. Murray, **a.g.m.**, s. 1180 ve 1187.

## SONUÇ

Geleneksel sorumluluk hukuku ilkeleri seçimlik illiyet sorununu mağduru tazminattan yoksun bırakarak çözmeyi gerektirir. Bununla beraber, dünyadaki eğilim, bu alanda mağduru korucuyu düzenlemeler getirmek yönündedir. Elbette bu sonuca ulaşabilmek için illiyet bağının ispatına ilişkin kurallardan ayrılınmış olunmakta ve zarara yol açmamış olan kişiler de zarardan sorumlu tutulmuş olmaktadır. Ancak bu çözüm tarzı yine de mevcut olanlar arasında en tatmin edici olanı gibi görünmektedir. Nitekim illiyet bağına ilişkin gerekler hukuk düzeninin amacı değil, hukuk düzeninin amaçlarına ulaşmak için kullandığı araçlardır. İlliyet bağına sıkı sıkıya bağlı kılınması haksız fiile maruz kaldığı kesin olan mağdurun tazminatsız kalması sonucunu doğuruyorsa, adalet amacının gerçekleşmesi zarara yol açmış olması muhtemel olan kusurlu kişinin, illiyet bağında kesinlik olmasa da sorumlu tutulabilmesini mazur gösterir. Bir yazarın da dediği gibi, sorumluluğun ölçüsünün makul olması gerekir, ama mükemmel olması gerekmez<sup>55</sup>. İşte Fransız hukuku da Distilbène kararları vesilesiyle bu çözümü benimsemiş olmaktadır. Bize göre bu çözümün eleştiri götürür kısmı, sorumluluğun paylaşılması aşamasında ortaya çıkmaktadır. Nitekim mağduru korumak için göz ardı edilen illiyet prensibi, bu amaç ortadan kalkıp sorumluluğun nihai yükünün paylaşılması aşamasına gelindiğinde yeniden devreye girmeli ve sorumlular zarara yol açmış olma ihtimalleriyle orantılı olarak bu yükü paylaşmalıdır.

---

55 Allen Rostron, **a.g.m.**, s. 213.

## KAYNAKÇA

- Akçaal, Mehmet, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İlâç Üreticisinin Hukukî Sorumluluğu”, Ankara Barosu Dergisi 2012, Sayı 3. s. 253
- Anonim karar incelemesi, “Market Share Liability Adopted to Overcome Defendant Identification Requirement in DES Litigation, Sindell v. Abbott Laboratories”, 59 Washington University Law Quarterly 571 (1981), <http://digital-commons.law.wustl.edu/lawreview/vol59/iss2/10>
- Corgas-Bernard Cristina, “La pluralité de responsables en droit français et dans d’autres ordres juridiques nationaux”, Rapport au séminaire de Genève organize par l’Université de Rennes I le 26-27 mars 2010, [http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267956\\_ccorgas.pdf](http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267956_ccorgas.pdf)
- Davies, Colleen T., “Punitive Damages in DES Market Share Litigation”, 23 Santa Clara Law Reiew 185 (1983)
- Eimert Steven D., “DES: Judicial Interest Balancing and Innovation”, 22 Boston College Law Review 747 (1981),
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Düzeltilmiş 12. Bası, Beta, İstanbul, 2010.
- Gray, John S./ Faulk, Richard O., “Negligence In The Air? Should “Alternative Liability” Theories Apply in Lead Paint Litigation?”, 25 Pace Enviromental Law Review 101 (2008)
- Greer, Benjamin Thomas, “Market Share Liability Shouldn’t Die: Proposed Application to Agricultural Pesticides and the Need to Refine the Apportionment of Liability”, 17 San Joaquin Agricultural Law Review 85 (2007-2008)
- Homer, Paul, “Indivisible Injury Negligence and Nuisance Cases –Proving Causation Among Multiple-Source Polluters: A State-by-State Survey of the Law for New England, and a Proposal for a New Causation Framework”, 3 University of New Hampshire Law Review 75 (2004)
- Jourdain, Patrice, “La causalité”, Rapport au séminaire de Genève organize par l’Université de Rennes I le 26-27 mars 2010, [http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/288/288515\\_pjourdain2.pdf](http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/288/288515_pjourdain2.pdf)
- Jourdain, Patrice, “Une nouvelle présomption de causalité, au profit cette fois des victimes du DES ou distilbène”, Revue trimestrielle de droit civil, 2010 s. 111.
- Koch, Bernhard A., “The Principles of European Tort Law”, 8 Era-Forum 107 (2000).
- Madden, M. Stuart/ Holian, Jamie, “Defendant Indeterminacy: New Wine into Old Skins”, 67 Louisiana Law Review 785 (2007)

- Monteiro, Jorge Sinde, “Définition de la causalité : la causalité dans les projets nationaux”, Rapport au séminaire de Genève organize par l’Université de Rennes I le 26-27 mars 2010, [http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267958\\_jsmonteiro.pdf](http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267958_jsmonteiro.pdf)
- Murray, Richard P., “Sindell v. Abbott Laboratories: A Market Share Approach to DES Causation”, 69 California Law Review 1179 (1981).
- Oliphant, Ken , “Uncertain Factual Causation in the Third Restatement: Some Comparative Notes”, 37 William Mitchell Law Review 1599 (2011)
- Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- Parlee, Randy S., “Overcoming the Identification Burden in DES Litigation: The Market Share Liability Theory”, 65 Marquette Law Review 609 (1982).
- Perry, Clifton, “Tort Reform and the Market-Share Rule”, 7 Cato Journal 449 (1987)
- Probst, Thomas, “La causalité aujourd’hui”, Journées de la responsabilité civile 2006, Les causes du dommage, Genève/Bâle/Zurich 2007, s 17, [http://www.pri- vatrechttp.ch/assets/files/test/Probst%20\(causalite\).PDF](http://www.pri- vatrechttp.ch/assets/files/test/Probst%20(causalite).PDF)
- Quézel-Ambrunaz, Christophe, “Définition de la causalité en droit français”, Rapport au séminaire de Genève organisé par l’Université de Rennes I, le 26- 27 mars 2010, [http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/48/58/06/PDF/La\\_definition\\_du\\_lien\\_de\\_causalite\\_en\\_droit\\_francais.pdf](http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/48/58/06/PDF/La_definition_du_lien_de_causalite_en_droit_francais.pdf)
- Quézel-Ambrunaz, Christophe, “La fiction de la causalité alternative: Fondement et perspectives de la jurisprudence « Distilbène »”, Recueil Dalloz 2010, s.1162
- Rostron, Allen, “Beyond Market Share Liability: A Theory of Proportional Share Liability for Nonfungible Products”, 52 Ucla Law Review 151 (2004)
- Tiryaki, Betül, “Avrupa Konseyi’nin 25.7.1985 Tarihli Direktifi’ne Göre Üreticinin Sorumluluğunun Şartları ve Tüketicinin Korunması Mevzuatı ile Mukayesesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006, Cilt 55, Sayı 2, s.229.
- Vergès, Etienne, “Les liens entre la connaissance scientifique et la responsabilité civile: preuve et conditions de la responsabilité civile”, in Preuve scientifique, preuve juridique: la preuve à l’épreuve, sous la direction de E. Truilhe-Marengo, Larcier 2011, s. 127.
- Wilson, William D., “Market Share Liability--Did New York Go Too Far?: Hymowitz v. Eli Lilly & Co.”, 64 St. John’s Law Review, Article No 7 (1990)

Winiger, Bénédicte, “Auteurs multiples dans les projets nationaux de révision de la responsabilité civile et dans les (Principles of European Tort Law (PETL))”, Rapport au séminaire de Genève organisé par l’Université de Rennes I, le 26-27 mars 2010, [http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267954\\_winiger.pdf](http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267954_winiger.pdf)

Wright, Richard W., “Causation in Tort Law”, 73 California Law Review 1735 (1985).





# Reconnaissance et exequatur des décisions judiciaires étrangères en Turquie

---

Av. Erenalp RENÇBER\* - Bike Aybeniz AKSOY\*\*

Le système juridique turc fait une application restrictive de la coopération judiciaire internationale et conditionne l'exécution des décisions étrangères sur son territoire à son exequatur par les juridictions turques, soumise au respect de critères définis par la Loi sur le Droit International Privé et de Procédure publié au Journal Officiel daté 4 Décembre 2007 et sous le numéro 26728 (« *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun*») (la « **Loi No. 5718**»). Selon l'Article 50 de la Loi No. 5718, la notion de la décision étrangère comprend les décisions judiciaires relatives aux actions civiles et aux droits personnels des décisions pénales rendues par les tribunaux étrangers<sup>1</sup>.

En effet, la procédure turque de l'exequatur est régie par la loi, dont le premier alinéa de l'Article 50 de la Loi No. 5718 stipule que les décisions judiciaires relatives aux actions civiles rendues par les tribunaux étrangers ne peuvent être appliquées en Turquie si un tribunal turc compétent, en l'espèce le tribunal de grande instance du domicile du requérant (« *yerleşim yeri mahkemesi* »), accorde la décision de l'exequatur. Dans l'hypothèse où le requérant n'a pas de domicile sur le territoire turc, l'Article 51 de la Loi No. 5718

---

\* Avocat titulaire du Master en droit Privé, doctorant du droit privé.

\*\* Étudiante du Faculté de Droit de l'Université de Galatasaray.

<sup>1</sup> D'après Kuru, les décisions relatives à la faillite et concordato confirmé (tasdikli konkordato) peuvent être demandé en Turquie. Baki **Kuru**, *Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı*, C. VI, Beta Basımevi, İstanbul 2001, p. 5769, L'exequatur des décisions relatives à la décision des mesures provisoires et séquestration rendues par les tribunaux étrangers ne peuvent pas être demandé. Ergin **Nomer/Cemal Şanlı**, *Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 17. Bası*, İstanbul 2009, p. 478; Y. 13. HD. 6.10.1998, 6747/7537/(YKD 1999/7, pp. 946-947), **Kuru**, p. 5769-5770.

stipule que la juridiction compétente est alors le tribunal de grande instance où demeure le requérant (« *sakin olduğu yer Asliye Hukuk Mahkemesi*») et s'il ne s'agit pas de résidence du requérant, les tribunaux de grande instance d'Ankara ou d'Istanbul ou bien d'Izmir sont compétents en matière d'une requête en exequatur.

Selon l'Article 55 et 57/(2) de la Loi No. 5718, les jugements sont susceptibles de recours par le biais d'un premier appel qui bénéficie de l'effet suspensif, puis d'un second qui n'en bénéficie pas<sup>2</sup>. La reconnaissance du caractère exécutoire d'une décision judiciaire étrangère en Turquie par un tribunal turc est soumise au respect des strictes conditions énumérées à l'Article 54 de la Loi No. 5718 qui sont examinées ci-dessous sous les titres (i) Exigence de Réciprocité, (ii) Conditions relatives aux Décisions Judiciaires Etrangères, (iii) Absence de Contrariété manifeste à l'Ordre Public, (iv) Droits de la Défense et Notion de Procès Equitable et enfin (v) Règles de Procédures.

### I. Exigence de Réciprocité

L'exigence de réciprocité est la condition principale de l'exécution d'une décision judiciaire en Turquie<sup>3</sup> selon l'Article 54/1-(a) de la Loi No. 5718. Le principe de réciprocité consiste à permettre l'application d'effets juridiques de certaines relations de droit, en l'espèce l'exécution de décisions de justice extranationales, quand ces effets sont acceptés également par le pays étranger. Ce principe implique, selon le droit international, le droit à l'égalité et au respect mutuel entre les Etats.

Le caractère réciproque doit être cherché à chaque fois que l'exécution d'une décision judiciaire étrangère est demandée. A défaut d'une telle réciprocité, la requête sera rejetée avant même l'examen des autres conditions. Si le pays étranger impose des conditions d'application plus sévères que celles appliquées par le Droit Turc ou si elle exige une révision au fond de la décision judiciaire turque, la réciprocité, même avérée dans les faits, ne saurait alors pouvoir être admise. L'Article 54/a de la Loi No. 5718 énumère trois critères, non cumulatifs, susceptibles d'établir la réciprocité:

- Un traité de réciprocité entre la République de la Turquie et le pays où la décision judiciaire a été rendue.

<sup>2</sup> **Kuru**, p. 5819; Çelikel n'est pas d'accord avec cet approche. Aysel Çelikel/Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, Yenilenmiş 11. Bast, İstanbul 2012.

<sup>3</sup> 13. HD. 26.09.1988, 2693/4238 (Yasa 1988/10, pp. 1477-1478 no. 732); 13. HD. 8.3.1989, 6507/1506 (YKD 1990/9, p. 1283); 13. HD. 28.2.1989, 6224/ 1238 (Adalet Bakanlığı Kararları Dergisi, 1989/3, pp. 137-139), **Kuru**, pp. 5775-5776..

- Une loi étrangère autorisant l'exécution dans le pays étranger des décisions rendues par les tribunaux turcs. A ce titre, l'absence de référence explicite à la Turquie n'a pas d'effet sur l'appréciation du caractère réciproque.
- Enfin l'existence d'une pratique dans le pays étranger permettant dans les faits l'exécutions des décisions rendues par les tribunaux turcs.

Si l'une des trois conditions est remplie<sup>4</sup> et s'il existe un parallélisme entre les systèmes juridiques turc et celui du pays étranger, la réciprocité est alors reconnue et la décision judiciaire étrangère est, sous condition de respect des autres critères prévus par la loi sont remplis, alors susceptible d'exécution en Turquie. Il faut ainsi noter que la jurisprudence des Cours d'Appel Turques fait en générale une interprétation assez souple du second critère et se contentent généralement de l'absence, a contrario, d'une loi empêchant l'exécution de décisions judiciaires rendues par la justice turque dans la législation étrangère<sup>5</sup>.

Si le pays étranger n'accorde pas l'exequatur et n'exécute pas les décisions des tribunaux turcs ou généralement les décisions des tribunaux étrangers malgré la présence d'un accord ou d'une possibilité juridique, encore une fois la réciprocité ne se réalise pas.

Cependant, la non-application à cause d'absence d'une demande relative à l'exequatur des décisions des tribunaux Turcs ou le refus de l'exequatur d'une décision d'un tribunal Turc par des motifs conformes à la loi national du pays qui va accorder l'exequatur malgré la présence d'un accord ou d'une possibilité juridique, ne fait pas obstacle au commencement de la procédure de l'exequatur devant les tribunaux Turcs<sup>6</sup>.

En principe, le juge Turc de la reconnaissance et de l'exequatur ne peut pas contrôler le bien-fondé de la décision du tribunal étranger. La procédure suivie dans la décision étrangère et les constatations matérielles et juridiques sont hors le champ du contrôle du juge Turc de la reconnaissance et de l'exequatur. Ce système est appelé l'interdiction de « révision au fond ». En principe, les erreurs commises dans la procédure ou dans le jugement n'ont pas

4 HGK. 13.06.1990, 13/3-347-YKD 1990/9, s. 1282-1286, **Kuru**, pp. 5776-5778.

5 Y. 2. HD. 14.05.1996, 2955/5085, (Yasa, 1997/1, pp. 136-137), **Kuru**, p. 5774.

6 Y. 19.HD., 24.6.1992, E.2204/K.2894; Y.11.HD., 30.1.2009, E.2008/1284-K.2009/980 (EKŞİ, Kararlar, 120 et s., **Nomer**, Devletler Hususi Hukuku, Istanbul, Beta, 2013, p.498

d'effet sur la décision de la reconnaissance et de l'exequatur<sup>7</sup>. Par conséquent, la réciprocité juridique n'est pas possible entre le droit Turc et les pays qui ont adopté le système de «révision» qui consiste en réexamen au fond des jugements étrangers<sup>8</sup>.

## **II. Conditions relatives à la Décision Judiciaire Etrangère**

### **A. Le Litige doit relever de la matière civile ou commerciale**

La doctrine estime qu'une décision judiciaire étrangère ne peut être appliquée en Turquie en vertu de la Loi No. 5718 si le litige relève uniquement de la matière civile ou commerciale. Le fait que la décision ait été rendue par une juridiction civile ou pénale importe peu. En effet, le deuxième paragraphe de l'Article 50 de la Loi No. 5718 prévoit l'hypothèse de droits individuels inclus dans le corps d'une décision pénale<sup>9</sup>.

### **B. La Décision judiciaire étrangère doit être définitive et doit avoir l'autorité de la chose jugée**

L'Article 50/(1) et 53/b de la Loi No. 5718 exige que la décision étrangère soit définitive. Par conséquent, les mesures conservatoires ne sont donc pas susceptibles d'exécution, en tant qu'elles consistent en général à garantir une exécution ultérieure<sup>10</sup>. La décision doit avoir été rendue dans le respect des lois du pays étranger et avoir l'autorité de la chose jugée<sup>11</sup>, ce qui signifie que toutes les voies de recours prévues par loi française doivent avoir été épuisées<sup>12</sup>. L'Article 53 de la Loi No. 5718 exige impérativement à ce titre:

- L'original de la décision de justice étrangère, certifiée par les autorités du pays étranger ou l'exemplaire certifiée par les autorités du pays étranger et accompagné de sa traduction en turc ;

<sup>7</sup> **Nomer**, p.495

<sup>8</sup> **Çelikel, Erdem**, Milletlerarası Özel Hukuk, Istanbul, Beta, 2012, p. 625

<sup>9</sup> **Çelikel/Erdem**, p. 586.

<sup>10</sup> **Nomer/Şanlı**, p. 483.

<sup>11</sup> Décision passée en force de chose jugée : Autorité acquise d'une décision de justice lorsque les délais de recours qui suspendent en principe son exécution (exemple : appel) sont expirés ou épuisés. Elle permet l'exécution forcée et fait obstacle à ce que le même affaire soit à nouveau portée devant un juge.

<sup>12</sup> **Nomer/Şanlı**, p. 484.

- Une lettre ou un document joint à la demande de l'exequatur, certifié par les autorités du pays étranger et attestant du caractère directement exécutoire de la décision judiciaire et accompagné de sa traduction en turc.

Il faut noter que l'absence de l'un ou l'autre des documents exigés entraîne le refus d'exécution par les Cours d'Appel Turques<sup>13</sup>.

### **C. Le Litige doit ne pas relever de la compétence exclusive des juridictions turques**

Si les tribunaux turcs ne statuent pas en principe sur le fait que la décision étrangère ait été rendue dans le respect des lois du pays étranger, seules les décisions judiciaires étrangères ne relevant pas de la compétence exclusive des juridictions turques sont susceptibles d'être exécutées<sup>14</sup>. A titre d'illustration, les litiges relatifs aux droits réels portant sur des immeubles relèvent par nature de la compétence exclusive des tribunaux turcs, et plus spécifiquement du tribunal du ressort duquel se situe l'immeuble. De même, les cas relatifs à l'exécution forcée<sup>15</sup> relèvent également de leur compétence exclusive<sup>16</sup>. L'obtention de l'exequatur d'une décision d'un tribunal étranger n'est pas possible si le tribunal Turc est le tribunal exclusif sur l'objet de la décision. En droit Turc, certaines règles de compétence concernant l'ordre public sont des stipulations de compétence exclusive. Par exemple, en Turquie pour les cas concernant les droits réels sur les immeubles, la compétence du tribunal du lieu où se trouve l'immeuble est impérative, donc exclusive.

Il faut également préciser que le fait que la juridiction étrangère ayant statué n'était pas elle-même compétente pour traiter du litige n'a pas de conséquence sur l'exécution de la décision judiciaire en Turquie sauf à ce que le défendeur invoque la violation consécutive des droits de défense et du droit d'accès à un juge (Notion de procès équitable) résultant directement de cette incompétence. Dans cette hypothèse, la juridiction turque peut décider d'appliquer de manière discrétionnaire le principe anglo-saxon de *forum non*

13 Y. 2. HD. 17.6.1986, 5862/6076; Y. 13. HD. 26.9.1988, 2693/4238; HGK. 18.5.1994, 2/262-358; Y. 13. HD. 8.2.1991, 7708/1235, **Kuru**, pp. 5798-5802.

14 **Kuru**, p. 5779.

15 Cemal **Şanlı**, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 5. Bası, Beta Basımevi, İstanbul 2013, pp. 225-229.

16 HGK. 6.5.1998, 1998/12-287, YKD 1998/9, s. 1269-1276) **Kuru**, p. 650-654.

*conveniens*, en refusant d'exercer sa compétence internationale à l'égard du litige, qui relève pourtant de son pouvoir juridictionnel, en raison de sa contrariété à l'ordre public.

#### **D. Le tribunal de l'exequatur doit ne pas utiliser une compétence excessive**

La compétence du tribunal étranger qui prononce la décision est déterminée selon les règles de compétences de la loi nationale du pays concerné. Pour cette raison, en principe, les règles de compétence de la loi étrangère ne fait pas l'objet d'une discussion devant le tribunal qui va accorder l'exequatur. Cependant, ces règles de compétences doivent avoir le caractère des compétences ordinaires qui sont utilisés dans le domaine international, en d'autres termes ces règles ne doivent pas faire partie des règles de compétence qui sont qualifiés « excessif » (ou « transcendant »). Sinon, l'exequatur d'une décision d'un tribunal qui se déclare compétent selon les règles de compétence excessive peut être refusé<sup>17</sup>.

### **III. Absence de Contrariété manifeste à l'Ordre Public**

Selon l'Article 54/c de la Loi No. 5718, l'exécution d'une décision étrangère n'est possible qu'au cas où elle n'est manifestement contraire à l'ordre public. Cette condition ne s'entend toute contradiction manifeste et intolérable de la décision judiciaire étrangère avec les principes de base de Droit Turc<sup>18</sup> et les mœurs, et dont le résultat heurterait de façon intolérable le sentiment de droit. La décision doit par ailleurs avoir été rendue dans le cadre d'un système juridique digne d'un Etat de droit.

La jurisprudence définie la contrariété à l'ordre public, comme une obligation de faire en contradiction manifeste avec les principes juridiques, moraux et de conscience qui doivent être respectés pour que le peuple puisse vivre en paix et d'une manière harmonieuse<sup>19</sup>. Si l'ordre public est apprécié par le juge turc tant au niveau de la reconnaissance que l'exécution de la décision judiciaire étrangère, il faut préciser que c'est son résultat qui fait l'objet d'un examen attentif. La préexistence d'une décision judiciaire turque dont les parties et le fond de l'affaire seraient identiques à la décision judiciaire étrangère empêche l'exequatur de cette décision en raison de sa contrariété

---

17 **Nomer**, p.504

18 **Nomer/Şanlı**, p. 433.

19 Y. 2. HD. 17.2.1997, E. 675/K. 1633, (YHD 186-5/1997, p.739 **Nomer/Şanlı**, p. 494.

à l'ordre public<sup>20</sup>. Selon la jurisprudence, s'il existe une décision judiciaire turque définitive, l'exécution de la décision étrangère sera rejetée<sup>21</sup>.

La doctrine turque considère également que si les parties, le fond de l'affaire et les faits de la décision judiciaire étrangère sont identiques à une affaire pendante devant les juridictions turques antérieure à la décision étrangère, l'exécution pourrait être refusée<sup>22</sup>. Il faut également préciser que si le seul but de cette manœuvre est d'empêcher l'exécution de la décision judiciaire étrangère, un tel acte devrait être considéré comme un « abus de droit »<sup>23</sup>.

#### IV. Droits de la Défense et Notion de Procès Equitable

La notion d'ordre public englobe également la violation manifeste des droits de la défense des parties et l'absence de garanties suffisantes permettant d'assurer la mise en œuvre d'ordre de ces droits. La loi étrangère, quoique correctement appliquée par la juridiction étrangère, qui ne respecterait pas les droits de la défense, tels que protégés en Turquie, serait interprétée par les juridictions turques comme étant contraire à l'ordre public<sup>24</sup>.

La notion d'ordre public turc englobe la notion de procès équitable, qui se définit à travers les principes de droit d'accès à un juge (Constitution Art. 37, 138 et 139), publicité des débats (Constitution Art. 141), durée raisonnable de la procédure, ou une protection juridique équitable et juste réalisée dans le cadre de l'égalité des opportunités<sup>25</sup>.

Même si que ces opérations procédurales qui ont des effets sur le droit de la défense sont mal appliquées procéduralement, il n'est pas toujours certain que le droit de la défense ait violé. Par exemple, si le défendeur prend part au procès, mal notification faite procéduralement au défendeur ou même l'absence de notification perd son importance. Le fait d'être partie au procès

20 Cemile Demir **Gökyayla**, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni*, Ankara 2001, p. 177-179.

21 Y. 2. HD. 8.12.1993, 94648/11903.

22 **Çelikel/Erdem**, p. 399.

23 **Çelikel/Erdem**, p. 400. Il est possible de citer à titre d'illustration le procès intenté par la famille Uzan (Affaire Uzan contre Motorola) auprès des tribunaux de Beyoğlu (Istanbul) qui semble n'avoir eu pour autre but qu'empêcher l'exécution d'une décision rendue par les tribunaux américains (New York Federal District Court) condamnant par ces derniers du paiement de dommages et intérêts colossaux suite à une fraude mauvaise opérée par la famille Uzan au dépend de Motorola par le biais de leur société Telsim.

24 **Gökyayla**, p. 218.

25 **Gökyayla**, p. 219.

montre que le défendeur était prévenu et le fait de prendre part à un procès qui est à son encontre montre qu'il a eu la possibilité d'accéder au droit de la défense.

Même en cas de violation de la procédure sur le droit de la défense, la possibilité de non-violation du droit de la défense lui-même rend le contrôle procédural possible seulement en cas de la «contestation» de la partie laquelle l'exequatur est demandé à l'encontre. Par conséquent, le tribunal Turc qui va prononcer l'exequatur ne peut pas contrôler par l'office la régularité de ces opérations procédurales<sup>26</sup>.

## **V. Règles de Procédures**

### **A. L'absence de vices de procédure**

Selon l'Article 54/ç de la Loi No. 5718, le fait que le défendeur invoque un vice de procédure relatif à l'irrégularité de l'acte de citation à comparaître, le non respect du droit d'être défendu par un Avocat ou que le délibéré ait été rendu en son absence empêche également l'exécution de la décision judiciaire en Turquie. La loi No. 5718 énumère les vices de procédure entraînant le rejet de l'exécution de la décision étrangère. A ce titre,

- Le non-respect des règles de procédure est un motif suffisant pour rejeter l'exécution de la décision étrangère. La violation des droits de la défense consécutifs à ce vice de forme n'ayant dès lors pas d'importance,
- Le vice de forme doit être apprécié par rapport à la procédure civile étrangère,
- La juridiction turque peut soulever d'office la contrariété avec l'ordre public turc d'après l'Article 54/(c) de la Loi No. 5718 dans l'hypothèse où le vice de forme constitue une violation manifeste des droits de la défense du défendeur<sup>27</sup>.

### **B. Apparition de nouveaux éléments de faits**

Selon l'Article 55/(2) de la Loi DIPP, le défendeur ne doit pas avoir invoqué un nouvel élément de fait, auquel cas, les juridictions turques seraient à même de faire une révision au fond de la dite décision. Il se peut dresser

---

<sup>26</sup> Y. 2.HD., 25.6.1987,E.4539/K.5571 (YHD 10/1988, 1457/1458)

<sup>27</sup> **Nomer/Şanlı**, p. 497.



une liste limitative des éléments susceptibles d'entraîner une révision au fond de la décision judiciaire étrangère et que la cour peut soulever d'office<sup>28</sup> la découverte d'une preuve écrite contredisant la décision judiciaire, la preuve sur laquelle la décision étrangère s'est basée s'avère être fausse, l'expert a délibérément rendu un avis contraire à la réalité des faits, des représentants des parties non légalement mandatés étaient présents durant les plaidoiries.

## CONCLUSION

En conclusion, l'exequatur donc c'est la formule exécutoire. Les parties ne peuvent pas demander autre chose, le juge de même, il peut seulement refuser l'exequatur ou l'accorder. On ne discute pas la validité de la décision étrangère. Donc ce n'est pas une voie de recours. Particulièrement, l'exécution des décisions judiciaires civiles et commerciales est strictement encadrée par le Droit Turc qui place sa notion d'ordre public comme un rempart à la coopération judiciaire internationale. Il faut toutefois noter qu'en pratique les juridictions turques accordent malgré tout l'exequatur. Il faut également noter que le processus d'adhésion à l'Union Européenne, le développement très rapide de l'économie turque et l'augmentation des litiges commerciaux vont toutefois rendre ce dispositif rapidement obsolète et la signature de traités de réciprocité encadrent l'exécution des décisions judiciaires deviendra alors impérative.

---

<sup>28</sup> Çelikel/Erdem, p. 397, Nomer considère que cela n'empêcherait toutefois pas l'exécution de la décision étrangère, Nomer/Şanlı, p. 517.

## **BIBLIOGRAPHIE**

ADALET BAKANLIĞI KARARLARI DERGİSİ, 1989/3

ÇELİKEL, AYSEL/ERDEM, BAHADIR, Milletlerarası Özel Hukuk, Yenilenmiş 11. Bası, İstanbul 2012.

GÖKYAYLA, CEMİLE DEMİR, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni, Ankara 2001

KURU, BAKİ, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı C. VI, Beta Basımevi, İstanbul 2001

NOMER, ERGİN/ŞANLI, CEMAL, Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 17. Bası, İstanbul 2009

NOMER, Devletler Hususi Hukuku, İstanbul, Beta, 2013

ŞANLI, CEMAL, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 5. Bası, Beta Basımevi, İstanbul 2013

# Kooperatiflerde Toplumsal Sorumluluk İlkesi ve Yenilenebilir Enerji Kooperatifleri

Gülsüm Gözde DURMAZ AYANOĞLU

## 1. KOOPERATİFÇİLİK

### 1.1. Kooperatif Tanımı

Kooperatifçilik, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu<sup>1</sup>'nin 1. maddesinde;

*“Tüzel kişiliğe haiz olmak üzere ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek ve geçimlerine ait ihtiyaçlarını işgücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulan değişir ortaklı ve değişir sermayeli ortaklık”*

olarak tanımlanmıştır.

Kooperatifçilik konusunda önemli ülkeler arasında yer alan Almanya Kooperatifler Kanunu'nun 1. maddesinde ise kooperatifler;

*“Üye sayısı sınırlı olmayan, amaçları üyelerinin kazancını veya ekonomik gereksinimlerini yahut sosyal veya kültürel gereksinimlerini ortak ticari işletme işletmek yoluyla desteklemeyi amaçlayan ortaklıklar”*

şeklinde tanımlanmıştır.

Öte yandan, 1966 tarihli ve 127 sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü (International Labour Organization-ILO)'nün, *“Gelişmekte Olan Ülkelerin Ekonomik ve Sosyal Kalkınmasında Kooperatiflerin Rolü”* başlıklı Tavsiye Kararında yer verilen,

\* Hukukçu, Gümrük ve Ticaret Uzmanı.

1 T.C. Resmi Gazete (1969). Kooperatifler Kanunu, 05.10.1969, sayı: 13195, s. 4-11.

*“Demokratik yollarla kontrol edilen bir örgütün kurulması, gereken sermayeye adil katkı sağlanması ve üyelerin aktif olarak katıldığı girişimin riskleri ve faydalarının adil paylaşımına göre kabul edilmesi yoluyla, ortak bir amaca ulaşmak için gönüllü olarak bir araya gelen kişilerin kurduğu birliklerdir.”*

tanımı ile Uluslararası Kooperatifler Birliği<sup>2</sup> (International Cooperative Alliance- ICA) Beyanı<sup>3</sup>'nda geçen;

*“Ortak ekonomik, sosyal ve kültürel ihtiyaçlar ve istekleri, müşterek sahip olunan ve demokratik yollarla kontrol edilen bir teşebbüs yoluyla, karşılamak üzere gönüllü olarak bir araya gelen kişilerin kurduğu özerk bir teşkilattir.”*

tanımı, son yıllarda kooperatifler ile ilgili yapılan mevzuat düzenlemelerinde kanun koyucuya esin kaynağı olmuştur.

Tüm bu tanımlamalardan yola çıkarak kooperatifleri kısaca, toplumsal sorumluluk bilinciyle bir araya gelen kişilerin ekonomik, sosyal, kültürel istek ve ihtiyaçlarının, demokratik usullerle karşılandığı, yerel kalkınmanın sağlanmasında etkin rol oynayan ve ortaklarına ekonomik hayata aktif katılım imkanının tanındığı bir yapı olarak tanımlamak mümkündür.

## **1.2. Kooperatiflerin Tarihçesi**

### **1.2.1. Dünya**

18. yüzyılın ikinci yarısından itibaren, İngiltere’de Robert Owen, Dr. William King ve Rochdale, Fransa’da Charles Fourier, Charles Gide, Almanya’da ise Schulze-Delitzch ve Raiffeisen gibi önderler, kendi ülkelerinin toplumsal yapılarına uygun kooperatifler kurarak kooperatif modeller geliştirmişlerdir<sup>4</sup>. İlk kooperatif hareketleri, genellikle Avrupa ülkelerinde başlamasına rağmen 1920’lerden sonra tüm dünyada hızlı bir gelişme göstermiştir. Bu çerçevede İngiltere, Fransa ve Almanya’dan sonra İsveç, Danimarka, ABD, İsviçre ve

<sup>2</sup> Dünyada genelinde tüm sektörlerde faaliyet gösteren kooperatif yapılarını, bir çatı altında toplayan, onların temsilciliğini üstlenen ve her alanda rehberlik hizmeti sunan ICA, tam 85 ülkeden, ekonominin tüm sektörlerinde etkinlik gösteren 221 üye örgüte sahip ve 800 milyondan fazla ortağın temsilcisi olan bağımsız bir sivil toplum örgütüdür.

<sup>3</sup> Ayrıca bkz. ICA, The Cooperative Identity, Vol.88. No.4/1995.85f.

<sup>4</sup> Cenkiş S. (Mart 2008). *“Türkiye’de Kooperatifçilik ve Avrupa Ülkeleri ile Karşılaştırılma”*, Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İşletme Anabilimdalı, Seminer Dersi, Ankara, a.g.e.,s.9.

Japonya gibi ülkelere yayılan kooperatifçilik hareketi, uluslararası bir nitelik kazanmıştır. Gelişmiş ülkelerde kooperatifçilik hareketi 20. yüzyıl ve öncesinde ortaya çıkarken, sonrasında az gelişmiş ülkelerde de giderek artmıştır.

### 1.2.2. Türkiye

Ülkemizde kooperatifçilik hareketi Osmanlı Devleti döneminde 1863 yılında Mithat Paşa'nın kurduğu “*Memleket Sandıkları*” ile başlamıştır. İlk tarım kredi örgütü olarak nitelendirilen Memleket Sandıkları'ndan aldığı olumlu sonuçlar üzerine Mithat Paşa, sandıkların ülke genelinde kurulması yönünde çalışmalarına başlamış ve ülke kooperatifçiliğinin ilk hukuki belgesi olan “*Memleket Sandıkları Nizamnamesi*”, 1867 yılında hükümetçe kabul edilmiştir<sup>5</sup>. Ancak yapılan çalışmalara rağmen, ülkenin farklı bölgelerinde kurulan Memleket Sandıkları'nda arzu edilen gelişme kaydedilememiş ve Mithat Paşa'dan sonra uzun süre Türkiye'de kooperatif örgütlenmelerine rastlanmamıştır.<sup>6</sup>

1923 ve 1961 yılları arasını kapsayan dönemde, kooperatifçilik ile ilgili hem mevzuat hem de uygulama açısından önemli gelişmeler yaşanmıştır. Bu çerçevede, kooperatifçiliği teşvik etmek ve kooperatiflerin kurulmasını kolaylaştırmak için 1923 yılında, “*İstihsal, Alım ve Satım Ortaklık Kooperatifleri Nizamnamesi*” çıkarılmıştır. 1924 yılında, bugünkü Türk Ticaret Kanunu'nun ilk hali olan “*Ticareti Berri-ye Kanunu (Kara Ticareti Kanunu)*” nun kolektif, komandit ve anonim şirket olmak üzere üç çeşit şirket içeren 15. maddesine “*Kooperatif*” kelimesi eklenmiştir. Yapılan bu ekleme ile üç olan ticaret şirketleri sayısı dörde yükseltilerek, kooperatiflerin de şirket olduğu kabul edilmiştir.<sup>7</sup> 1926 yılında çıkarılan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun sermaye şirketlerine ayrılan dördüncü kısmına kooperatiflere ait ayrı bir fasıl konulmuş ve böylece bu kanuna dayanılarak ülkemizde tarımsal ve diğer amaçlı birçok kooperatifin kurulması mümkün kılınmıştır<sup>8</sup>.

1961 ve sonrası ise kooperatifçiliğin, ülkenin ekonomik ve toplumsal kalkınmasındaki yerini aldığı dönem olarak kabul edilmektedir. Bu dönem, kooperatiflerin Anayasa'da yer alması ve ayrı bir kanuna kavuşturulması açısından ülke kooperatifçilik tarihi için çok önemli bir dönemdir. 1961 Anayasası'nın 51. maddesi ile “*Devlet, kooperatifçiliğin gelişmesini sağla-*

5 Mülâyim, Z. G. (2003). “*Kooperatifçilik*”, Ankara, s. 45

6 A.g.e.,s.49.

7 A.g.e.,s.55.

8 Cenkış,a.g.e., s. 11.

yacak tedbirleri alır.” hükmü getirilerek kooperatifçiliğin geliştirilmesi bir görev olarak Anayasa hükmü ile devlete verilmiştir. Yine aynı Anayasanın 52. maddesi ile;

*“Devlet, halkın gereği gibi beslenmesini tarımsal üretimin toplumun yararına uygun olarak artırılmasını sağlamak, toprağın kaybolmasını önlemek, tarım ürünlerini ve tarımla uğraşanların emeğini değerlendirmek için gereken önlemleri alır.”*

hükmü getirilmiş, tarımsal alandaki gelişmeyi ve tarımsal ürünlerin değerlendirilmesini sağlayacak önlemleri alma görevi de devlete verilmiştir. Kooperatifçiliğin Anayasa ile güvence altına alınmasından sonra 1969 yılında Türk Kooperatifçiliği için büyük bir adım atılarak, “1163 sayılı Kooperatifler Kanunu” yürürlüğe girmiştir. Söz konusu kanun ile kooperatifler, Türk Ticaret Kanunu’ndan ayrılarak ayrı bir hukuki statüye kavuşturulmuştur.

1960’lı yıllardan 1980’li yıllara kadar geçen sürede yaşanan hükümet değişiklikleri, kooperatiflerin Anayasadaki yerini etkilememiş ve 1982 Anayasası’nın 171. maddesinde yer alan;

*“Devlet milli ekonominin yararlarını dikkate alarak, öncelikle üretimin artırılmasını ve tüketimin korunmasını amaçlayan, kooperatifçiliğin gelişmesini sağlayan tedbirleri alır.”*

hükmü ile kooperatiflere daha açık ve anlaşılır bir tanım getirilerek, kooperatif işletmelere ekonomimiz içinde yer verilmiştir.

### 1.3. Kooperatiflerin Önemi

Kooperatifler, diğer şirket türlerinden farklı olarak kişisel yardım, kişisel sorumluluk, demokrasi, eşitlik ve dayanışma gibi değerlere dayalı tüzel kişiliğe sahip hukuki bir yapı olarak kabul edilmektedir. Özellikle, kooperatiflerin temelinde yer alan gönüllülük, oransallık ve risturn gibi unsurlar, kooperatifleri diğer şirket türlerinden ayırmaktadır. Bu unsurlar, kooperatife katılmanın ve ayrılmanın serbest olması, işbirliği yapılması durumunda ortaya çıkan kazanç ve risklerin ise eşit düzeyde paylaşılması ve en önemlisi ortakların kalkınmasına öncelik verilmesi anlamına gelerek, kooperatif şirketlerin farklılığını ortaya koymaktadır. Kooperatifler özgün bir yapıya sahip olmakla birlikte rasyonel çalışma, sürdürülebilirlik ve verimliliğe önem verme ile iktisadi amaç gütmeye konularında diğer şirket türleriyle ortak noktalara sahiptir.

Kooperatif şirketlerin öneminin daha iyi anlaşılabilmesi için diğer şirket türleri ile arasındaki farkların genel olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Buna göre;

- Diğer şirketler sermayeyi ön planda tuttuğu için olabildiğince kar sağlamayı hedeflerken, kooperatifler ortaklarına en düşük maliyetle en yüksek faydayı sağlamayı hedeflemektedir.
- Şirketlerde bir kişinin alabileceği ortaklık payı sınırlandırılmadığı halde kooperatiflerde ortaklık payı sınırlandırılmıştır.
- Sermaye şirketlerinde elde edilen karlar ortaklara hisseleri oranında temettü olarak dağıtılırken, ortaklarına ekonomik yarar sağlayan bir yapı olma özelliğinden dolayı kooperatiflerde gelirler “*risturn*” yani net gelir olarak dağıtılmaktadır.<sup>9</sup>
- Şirketlerde ortaklar sahip oldukları hisse miktarı ile orantılı oy hakkına sahipken, kooperatif şirketlerde her ortak katılım payı ne kadar olursa olsun bir oy hakkına sahiptir.
- Diğer şirketlerde sermaye birinci planda olduğu için sahip olunan hisse senetleri serbestçe satılabilmektedir. Ancak ortağı ön planda tutan kooperatif şirketlerde yönetim kurulunun, ortaklığı devralacak olan kişinin, ortaklık niteliklerine haiz olduğunu tespit etmesi halinde ortaklık devredilebilmektedir.
- Şirketlerde sermayeye faiz verilmesi öngörülmemişken kooperatiflerde ortakların sermaye paylarına genel kurul kararı ile devlet tahvillerine verilen en yüksek faiz haddini geçmemek üzere faiz ödenebilmektedir.
- En önemli farklılıklardan biri ise kooperatiflerin 7 temel ilkeye sahip olmasıdır.

Demokratik yönetim özelliğiyle sermaye tekeli ortadan kaldırmak suretiyle sermayeyi tabana yayan, bireysel değil toplu kalkınmayı amaçlayan kooperatiflerin diğer şirketlere göre artı değerlerini belirlemek, özellikle sağlık, enerji, eğitim gibi toplumu doğrudan ilgilendiren konularda yapılacak yatırımların, kooperatifler eliyle gerçekleştirilmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır. Bu gereklilik, kooperatiflerin yedi ilkesi tarafından ortaya konmuş özgün yapısının bir sonucudur.

<sup>9</sup> Cenkış, a.g.e., s.2.

## 2. KOOPERATİFÇİLİK İLKELERİ

23 Eylül 1995'te İngiltere'nin Manchester Kentinde toplanan 31. Uluslararası Kooperatifler Birliği-ICA Kongresi'nde "Toplumsal Sorumluluk" ilkesinin de eklenmesi ile kooperatiflere ilişkin yedi ilke belirlenerek kabul edilmiştir. Bu ilkeler aşağıdaki şekildedir:

- 1- Gönüllü ve Serbest Giriş İlkesi
- 2- Ortağın Demokratik Yönetimi İlkesi
- 3- Ortağın Ekonomik Katılımı İlkesi
- 4- Özerklik ve Bağımsızlık İlkesi
- 5- Eğitim, Öğretim ve Bilgilendirme İlkesi
- 6- Kooperatifler Arası İşbirliği İlkesi
- 7- Toplumsal Sorumluluk İlkesi

Bugün kooperatifler ile ilgili yapılan tüm değerlendirmeler birbirine sıkı sıkıya bağlı ve bütünüleyici olan bu yedi temel ilke baz alınarak yapılmaktadır. İlkelerden birinin eksik uygulanması diğer ilkelerin uygulanabilirliğini de etkilemekte ve kooperatifin özgün yapısını zedeleyerek yanlış değerlendirmelere sebep olmaktadır. Bu nedenle söz konusu ilkelerin tek tek anlaşılması kooperatifler ile ilgili yapılacak değerlendirmelerde büyük önem arz etmektedir.

### 2.1. Gönüllü ve Açık Ortaklık

Gönüllülük esası, kooperatiflerin herhangi bir mecburiyet gerektirmeden ortakların tamamen kendi iradeleri ile katılmalarını ifade etmektedir. Diğer bir deyişle kooperatif kurmak, kooperatife ortak olmak ve kooperatiften ayrılmak tamamen kişilerin kendi tasarrufundadır. Önemli olan kişinin kooperatif amacına hizmet edecek sorumlulukları gönüllü olarak kabullenmesidir. Kooperatiflerin herkese açık olması ise kooperatiflerin sundukları hizmetlerden yararlanabilecek olan kişilerin, hiçbir ayırım gözetilmeksizin kooperatif ortağı olabileceği anlamına gelmektedir.

### 2.2. Ortakların Demokratik Kontrolü

Kooperatiflerin demokratik koşullarda yönetilen yapısı ortaklarının özellikle yönetim ve karar alma süreçlerinde aktif olarak yer almalarını sağlamaktadır. Seçilmiş tüm temsilciler ortakların sorumluluğunu taşımaktadır. Burada açıkça ortaya konulduğu gibi, ortakların oluşturduğu genel kurul, ortakların



seçtikleri kurullar ve bunlara bağlı olarak çalışan profesyonel yöneticiler, kooperatiflerin temel yönetim organlarını oluşturmaktadırlar. Kooperatif ortakları katılım payları arasındaki farklara bakılmaksızın eşit oy hakkına sahiptir ve daha sonraki düzeylerde de bu temsil demokratik olarak ortaya konulmaktadır<sup>10</sup>.

### **2.3.Ortakların Ekonomik Katılımı**

Ortağın ekonomik katılımı ilkesi bütünüyle ekonomik nitelikte bir ilkedir. Bu ilke, kooperatifleri ekonomik anlamda sermaye şirketlerinden ayıran en önemli ilkelerden biridir ve bu nedenle büyük önem taşımaktadır. Kooperatif ortakları bu ilke sayesinde kooperatif sermayesine eşit katılım sağlayarak söz konusu sermayeyi demokratik koşullarda kontrol edebilmektedirler. Söz konusu ilke ile kooperatif işletmeler için asıl olanın sermaye değil sermayenin ortaklara olumlu geri dönüşümünün sağlanması olduğu vurgulanmaktadır.

### **2.4.Özerklik ve Bağımsızlık İlkesi**

Kooperatiflerin bağımsız ve özerk yapılarına açıklık getiren ilkeye göre kooperatifler, ortakları tarafından yönetilen ve karşılıklı yardımlaşma esasına sahip bağımsız kuruluşlardır. Kooperatifler, devlet, yerel yönetimler, özel hukuk tüzel kişileri veya gerçek kişiler ile anlaşma ve işbirliği yapmak veya dış kaynaklardan sermaye sağlamak gibi faaliyetlerini sahip oldukları özel hukuk alanına ve ortakların demokratik yönetim hakkına zarar getirmeyecek biçimde yürütebilmektedir. Diğer şirket türlerinde olduğu gibi bir özel hukuk tüzel kişisi olan kooperatif şirketlerin de bağımsız bir yapıda faaliyetlerini sürdürmesi gerekmektedir. Bu ilkenin bir sonucu olarak kooperatif işletmelerin özerklik ve bağımsızlık ilkesinin gereği yürürlüğe giren 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu ile kooperatiflere hukuki bir statü kazandırılmıştır.

### **2.5.Eğitim, Öğretim ve Bilgilendirme İlkesi**

Kooperatiflerin değişen dünyanın gelişmelerine ayak uydurabilmesi ve yeni sistemlere yabancılaşmaması için ortakların, yöneticilerinin ve kooperatif bünyesinde görev alan personelin de gelişmesi gerekmektedir. Bu da ancak iyi eğitim ve öğretimden geçer. Bu sayede alanında uzman, vizyon sahibi yöneticiler ile kooperatif faaliyetlerinde odaklanılan tek husus, kooperatifin

<sup>10</sup> Rehber, E.(2011). “*Kooperatifçilik*”, Ekin Yayınları, Ankara, s.103.

amacını gerçekleştirmek olacaktır. Yöneticilerin yanı sıra, ortakların da sorumluluklarının bilincinde ve kooperatifçilik konusunda bilgi sahibi olması kooperatifin gelişimine önemli katkılar sağlayacaktır.

Kooperatifçilikte eğitim, gerek sorumluluklar gerekse kooperatifin işleyişi bakımından yöneldiği kesime göre farklılıklar arz etmektedir. Örneğin ortaklara verilecek eğitimde genel amaç, kooperatif ortağı olmanın bir gereği olarak, karşılıklı dayanışma ve yardımlaşma bilincini aşılacaktır. Yöneticilere verilen eğitimin amacı ise bir ticari işletme yetisinden çok kooperatifler ile ilgili teknik ve ekonomik bilgileri verebilmektir. Sadece kooperatif ortağı ve yöneticilerine eğitim verilmesi, ülke çapında kooperatifçilik hakkında farkındalık yaratılabilmesi için yeterli olmayacaktır. Bu nedenle kooperatif çalışanlarına da eğitim verilmesi gerekmektedir. Ancak tüm bu eğitimler sadece kooperatif çatısı altında değil ilk, orta ve yükseköğretim kurumları ve kooperatifler ile ilgili çalışan kurum ve kuruluşlar tarafından da verilmelidir<sup>11</sup>. Eğitim sürecinden geçen kişilerin ortağı ve yöneticisi olduğu bir kooperatifin, sürdürülebilirliği daha mümkün olabilecektir.

## 2.6. Kooperatifler Arası İşbirliği İlkesi

Kürselleşen dünyada önemi giderek artan işbirliği ilkesi, diğer ilkelerin bir sonucu olarak, kooperatiflerin ortaklarına daha verimli hizmet sunabilmeleri için diğer kooperatiflerle yerel, bölgesel, ulusal ve uluslararası düzeyde çalışmalar yapması anlamına gelmektedir. Ulusal alanda, Birlik ve Merkez Birliği gibi üst kuruluşların çatısı altında birleşen kooperatifler, uluslararası alanda da Uluslararası Kooperatifler Birliği (ICA)'nin çatısı altında işbirliği yaparak, ortak amaçlarını gerçekleştirmeyi hedeflemektedirler. Bu sayede kooperatifler kendi alanlarında daha geniş kitlelere ulaşabilmekte ve işbirliği içinde oldukları kooperatifler ile bilgi alışverişinde bulunarak varsa eksikliklerini giderebilmektedirler.

## 2.7. Toplumsal Sorumluluk İlkesi

1995 yılında kooperatif ilkeleri arasında yerini alan toplumsal sorumluluk ilkesinin temeli aslında daha eski yıllara dayanmaktadır. Gelişen dünya ekonomisi ile giderek azalan sosyal dayanışma ve toplumsal sorumluluk bilinci, artan özel sektör ortaklıklarının topluma karşı duyarlılıklarını irdelemeye başlamıştır. Sadece sektör içindeki insan kaynakları duyarlılığını değil, sektör

<sup>11</sup> Mülayim, a.g.e.,s.86.

dışındaki çevre ve topluma karşı duyarlılık için de son derece önemli olan söz konusu ilke sayesinde, bireyci değil toplum bazlı hareket edilmesi gerekliliği önem kazanmıştır. Aslında birçok özel sektör kuruluşu tarafından sadece bir değerlendirme konusu olan bu ilke, kooperatiflerin özgün yapılarının önemli bir unsurudur. Kooperatiflerin sadece kendi kalkınması ve gelişmesi için değil aynı zamanda parçası olduğu toplumun da kalkınması için hizmet etmesi gerektiğini vurgulayan bu ilke ile kooperatifler, paylaşımcı ve özverili yapılar olarak kabul edilmektedir.

Bu doğrultuda, kooperatifler toplumun ekonomik kalkınmasının sürdürülebilirliğinin yanı sıra özellikle çevrenin korunması, yerel kaynakların dengeli ve eşit kullanılması, bu konuda kamuoyunun bilgilendirilmesi, teknik bilgi gelişimi konularında çalışan, kısacası ortakların çıkarları için varoluşunu sürdüren yapılar haline gelmiştir. Bilhassa bu misyon ile kooperatifler, çalışmanın da konusunu oluşturan ve fosil yakıtlar nedeniyle dünyayı tehdit eden küresel ısınma ve iklim değişikliği sorununa karşı geliştirilen yenilenebilir kaynaklardan enerji üretimi konusunda da faaliyet göstermeye başlamıştır.

### 3. TOPLUMSAL SORUMLULUK İLKESİ ÇERÇEVESİNDE YENİLENEBİLİR ENERJİ VE KOOPERATİFLER

#### 3.1. Enerjide Kooperatifleşme Örneği; ABD

Dünya çapında toplumsal sorumluluk ilkesini temel alarak kurulmuş, sosyal yönü kuvvetli birçok kooperatif bulunmaktadır. Bu kapsamda verilebilecek en önemli örnek, Amerika Birleşik Devletleri'nde kurulan elektrik kooperatifleridir.

ABD'de yenilenebilir enerji konusunda yapılan düzenlemeler ile getirilen teşvikler, sadece anonim ve limited şirketleri değil kooperatifleri de etkilemiş ve yenilenebilir enerji alanında faaliyet göstermelerini sağlamıştır. Alman kooperatif öncüleri Raiffeisen ve Schulze'un etkisi ile 19. yüzyılın *ikinci yarısında*<sup>12</sup> çiftçiler tarafından sütçülük, meyve, pamuk ve hayvancılık alanında kurulan kooperatifler, 1930 yılından sonra büyük gelişme kaydederek enerji de dahil bir çok alanda faaliyet göstermeye başlamıştır. Bugün Amerika Birleşik Devletleri, Ulusal Kooperatif İşletme Birliği (National Cooperative Business Association) verilerine göre, üç trilyon dolardan daha fazla varlıkları olan yaklaşık 30,000 kooperatifin sağladığı 500 milyar doların üzerindeki gelir ile

<sup>12</sup> Bilek, A. (June 2012). "Revitalizing Rural Communities Through the Renewable Energy Cooperative", Series on the German Energy Transition, p.3-6.

güçlü bir kooperatif iş sektörüne sahiptir.<sup>13</sup> Bunların içinde elektrik kooperatiflerinin payı oldukça büyüktür. Söz konusu kooperatiflerin edinmiş olduğu bu pay, 1930'lu yıllarda ABD'nin kırsal kesiminde meydana gelen hizmet boşluğu sayesinde kazanılmıştır. Öyle ki 1930'lu yılların son dönemlerinde kırsal bölgelerdeki on evden dokuzunda elektrik bulunmayan ülkede, bölge halkı ekonomisini tamamen tarıma bağlamış, fabrikalar ve işletmeler elektriğin olduğu şehirlere kurulduğu için kırsal alana yatırımlar yapılmamıştır. Bu durum uzun yıllar enerji şirketlerinin ülkedeki kırsal bölgeleri görmezden gelmesine neden olmuş ve bölge halkı kendi kaderleriyle baş başa bırakılmıştır. Söz konusu durum, kırsal kesimin yerel elektrik ihtiyacını karşılayabilmesi için elektrik kooperatiflerinin kurulması amacıyla, düşük faizli ve uzun vadeli kredi programlarının yanı sıra tekniksel, yönetsel ve eğitimsel yardımlar yürütecek olan “*Kırsal Elektrifikasyon İdaresinin (Rural Electrification Administration -REA)*” 1935 yılında kurulmasını sağlamıştır. ABD Başkanı Roosevelt'in 1929 yılında yaşanan “*Büyük Buhran*” nedeniyle geliştirdiği ve 1933-1936 yılları arasında uygulanan “*Yeni Düzen (New Deal)*” programının bir parçası olarak kurulan REA, 1939'a kadar 288 bin eve hizmet veren 417 kırsal elektrik kooperatifinin kuruluşuna yardım etmiştir<sup>14</sup>. REA, 1994 yılında kongre tarafından “*Kırsal Yardımlar İdaresi (Rural Utilities Service -RUS)*” olarak yeniden yapılandırılmıştır.

Kırsalda meydana gelen enerji yoksunluğunu gidermek amacıyla kurulan kırsal elektrik kooperatiflerinin büyük bir kısmı, bugün tüm dünyada meydana gelen gelişmeler doğrultusunda faaliyetlerini yenilenebilir kaynaklar üzerinden devam ettirmektedirler. Bu kapsamda, özellikle kırsal enerji kooperatiflerinin ulusal çatı kuruluşu olan “*Ulusal Kırsal Elektrik Kooperatifleri Birliği (National Rural Electric Cooperative Association- NRECA)*” tarafından yayımlanan *verilere*<sup>15</sup> göre kooperatifler, 47 eyalette 40 milyondan fazla tüketiciye elektrik sağlamaktadır. Mevcut durumda yenilenebilir enerji teknolojilerinin uygulanması için büyük gayret gösteren ve ülke çapındaki tüm kooperatiflerin yaklaşık %94'ünü oluşturan 793 kooperatif, 15 milyon kooperatif ortağına, yenilenebilir enerji seçeneği sunarak toplamda 987 MW'lık yenilenebilir enerji üretim kapasitesine sahip olmuştur.

<sup>13</sup> A.g.e., p.3-6.

<sup>14</sup> University of Wisconsin, Center for Cooperatives, “*Research on the Economic Impact of Cooperatives-2009*”, 19.11.2012, <http://reic.uwcc.wisc.edu/electric/>

<sup>15</sup> Veriler için; *National Rural Electric Cooperative Association- NRECA*, “*Interactive Maps*”, 08.12.2013. <http://www.nreca.coop/about-electric-cooperatives/maps/>

1930’lu yıllarda yaşanan büyük ekonomik bunalımın ardından geliştirilen elektrik enerjisi kooperatifçiliği sayesinde Amerika’nın kırsal kesimlerinde köylülerin enerji ihtiyaçları toplumsal sorumluluk bilinci ile kurulan kooperatifler sayesinde karşılanmıştır. Bu ilke sayesinde zamanla sadece enerji ihtiyacı için değil sağlık, eğitim gibi sosyal konularda da kooperatifler kurulmaya başlanmıştır. Bu etki kooperatiflerin sahip olduğu toplumsal sorumluluk ilkesinin bir sonucudur.

### 3.2. Sistemin Türkiye’de Uygulanabilirliği

ABD incelemesinden de anlaşılacağı üzere kooperatifler ile yerel ihtiyaçlar en doğru şekilde karşılanırken ülke kalkınmasına da katkı sağlanmaktadır. Ayrıca, toplumun birincil aktör olarak yer aldığı projelerde sermaye bazlı mantıkla hareket edilmesi, asıl amaçtan sapılmasına ve kişisel çıkarların önceliklendirilmesine neden olabileceği için, diğer şirket türlerine nazaran enerji gibi önemli konularda kooperatiflerin faaliyet göstermesi, amacın gerçekleştirilmesi noktasında büyük önem arz etmektedir. Kooperatiflerin enerji sektöründe faaliyet göstermesini sağlamak ülke kooperatiflerinin değişen şartlara uyum sağlayabilen, sağlam, dinamik ve güncel bir mevzuat altyapısına sahip olması ile paralel gelişim gösterecek bir husustur. Dolayısıyla Türkiye kooperatifçilik sisteminde de, uluslararası düzenlemelerle uyumlu, güncel ve tek bir mevzuat modelinin uygulanması, bürokrasiyi azaltması, kooperatifleşme sürecinin bölünmesini önlemesi ve kooperatifçilikle uğraşanlara yasal güvenceler sağlaması nedeniyle önem taşımaktadır<sup>16</sup>. Böylece kooperatif ana sözleşmelerinde de gerekli düzenlemelerin yapılabilmesi için hukuki zemin hazırlanmış ve bu tür kooperatiflerin ülkemizde kurulması ve yaygınlaştırılmasının da önü açılmış olacaktır.

Mevzuatta yapılan düzenlemelerin ardından, kooperatifler için oluşturulacak örnek anasözleşmelerin de ihtiyaca cevap verecek şekilde yeniden ele alınması gerekmektedir. Özellikle, yenilenebilir enerji gibi teknik bir konuda hazırlanacak örnek anasözleşmenin, diğer kooperatif anasözleşmelerinden daha kapsamlı ve ayırıcı özelliklerde olması gerekmektedir. Bu nedenle öncelikli olarak yenilenebilir enerji kooperatiflerinin örnek anasözleşmelerinde belirlenen amaç ve çalışma konusunun, yenilenebilir enerji mevzuatındaki düzenlemeler ile paralel olması şarttır. Yenilenebilir enerjinin hangi alanında (rüzgar, güneş, biyoyakıt, jeotermal vs.) faaliyet gösterilecek ise o kaynak ile

<sup>16</sup> HENRY, Hagen, “Guidelines for Cooperative Legislation”, Review of International Cooperation, Vol.94, No.2/2011, s.64.

ilgili mevzuatın iyi taranması ve anasözleşme metnine işlenmesi gerekmektedir. Bu nedenle, yenilenebilir enerji kooperatifleri için hazırlanacak anasözleşme tek bir standarda bağlı olmamalıdır. Örneğin; yenilenebilir kaynaklardan elektrik üretimi yapacak bir kooperatifin anasözleşmesi EPDK tarafından yayınlanan “*Elektrik Piyasasında Lisanssız Elektrik Üretimine İlişkin Yönetmelik*” kapsamında belirlenen usul ve şartlara uygun hazırlanmalıdır.

Öte yandan, yenilenebilir enerji kooperatiflerinin diğer kooperatif türlerinden farklı olarak belirli düzeyde uzmanlık ve tecrübe gerektirdiği dikkate alınarak, yönetim kurulunda yer alacak kişilerde belli standartların aranması ve bu standartların anasözleşme ile düzenlenmesi gerekmektedir. Buna paralel olarak, Kooperatifçilik Stratejisinin 6.4 no’lu eyleminde yer alan “*1163 sayılı Kooperatifler Kanunu’ndan yapılacak değişiklik sonrasında, isteyen kooperatiflerin anasözleşmelerinde yer verecekleri hükümler ile yönetim kurullarının tamamının veya bir kısmının dışarıdan seçilebilecek profesyonel yöneticilerden oluşmasına imkan sağlanması*” hususunun gerçekleştirilmesi ve kooperatif anasözleşmelerinin buna göre düzenlenmesi halinde, kurulacak yenilenebilir enerji kooperatiflerinin kurumsallaşması sağlanabilecektir.

#### 4. SONUÇ

1980’li yılların başında devlet tarafından doğrudan ya da devlet adına özel sermaye eliyle topluma sunulan eğitim, sağlık ve enerji gibi kamu hizmetleri, meydana gelen ekonomik ve sosyal koşulların değişimi sonucu aynı dönemin ortalarında birer piyasa ürünü olarak benimsenmeye başlanmış, bu durum özellikle enerji alanında serbest piyasa uygulamasına geçilmesine neden olmuştur. Söz konusu hizmetlerin özel sektör eliyle gerçekleştirilmesi, serbest piyasadaki rekabet başlıklarının da artmasına yol açmıştır. Amacın, her konuda “en iyi” noktasına ulaşmak olduğu böyle bir piyasada, toplumsal sorumluluk mantığıyla sadece kendisine değil toplum çıkarlarına da hizmet eden kooperatiflerin, güçlü sermaye şirketlerinin karşısında faaliyet gösterebilmeleri için, değişen şartlara uyum sağlaması gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Değişen şartlara uyum sağlamaktan kastedilen, “*Kooperatiflerin varlıklarını sürdürebilmeleri için ortak odaklı yerel örgütler olmanın*”<sup>17</sup> yanı sıra piyasaya dönük, farklı ekonomik faaliyetlerde bulunabilen, kısacası daha kapsamlı organizasyonlar haline gelmeleridir. Bunu sağlayabilmek için de kooperatiflerin, en başta ülke analizini yapmaları, dünyada meydana gelen ekonomik gelişmeleri takip etmeleri, toplumsal çıkarlar doğrultusunda hare-

17 Rehber, a.g.e..s.342.

ket ederek daha iyi hizmet sunabilmek adına kurumsallaşmaları ve vizyonlarını güncellemeleri gerekmektedir. Bu nedenle buradaki değişim, yenilenme olarak algılanmalıdır. Bu algı sayesinde bugün, küresel ivmenin de olumlu etkisiyle, tüm dünyada kooperatifçilik ilkeleri ve kooperatif şirket yapısı zedelenmeden, yeni düzenlemelere uyum sağlamış, dünyanın da üzerinde durduğu yeni ekonomik alanlarda rol alabilen ve piyasadaki güçlü aktörler ile rekabet edebilecek potansiyele sahip yeni kooperatifler kurulabilmiştir. Yenilenebilir enerji ile kooperatifçiliğin tek bir başlık altında faaliyet göstermeye başlaması bu algının bir sonucudur.

Mevcut durumda ülkemizde, **6446 sayılı “Elektrik Piyasası Kanunu”**nun 14’üncü maddesinde yer alan **“Lisanssız Yürütülebilecek Faaliyetler”** kapsamında azami bir megavata (1000 kW) kadar elektrik üretiminde faaliyet gösterebilecek olan kooperatifler sayesinde yerel kalkınma ivme kazanacaktır. Yerel ve yenilenebilir kaynaklar, kooperatifler sayesinde bölge halkının ihtiyaçlarına yönelik kullanılabilir. Özellikle yenilenebilir enerji yatırımlarının kooperatif çatısı altında değerlendirilmesi;

- Enerjinin tüketileceği yerde üretilmesiyle yerel kaynakların yerel halk tarafından kullanılması,
- İstihdam artışında yaratacağı olumlu etki,
- Toplumun ekonomiye katılımı,
- Yerel kalkınmayı sağlaması,
- Çevreye olumlu etkisi,
- Özellikle ülke enerji bağımlılık oranlarının düşürülmesi

hususlarında önemli katkılar sağlayacaktır.

Sağlayacağı katkılarının önemine binaen Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından yenilenebilir kaynaklardan elektrik enerjisi üretiminde kooperatiflerin de faaliyet gösterebilmesinin sağlanabilmesi amacıyla “Elektrik Enerjisi Üretim ve Tüketimi Kooperatifi Örnek Anasözleşmesi”<sup>18</sup> hazırlanarak 16 Aralık 2013 tarihinde yayınlanmıştır.

<sup>18</sup> Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Web sayfası, erişim. 17.12.2013, <http://koop.gtb.gov.tr/data/52b18e46487c8ec1a8fcebd/yenilenebilir%20enerji%20kooperatifleri%20anasozlesmesi.pdf>.

## KAYNAKÇA

- Ayanoğlu, G.G.(Ocak 2013). “*Kooperatiflerde Toplumsal Sorumluluk İlkesi ve Yenilenebilir Enerji Kooperatifleri*”, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, Kooperatifçilik Genel Müdürlüğü Uzmanlık Tezi, Ankara.
- Bilek, A. (June 2012). “*Revitalizing Rural Communities Through the Renewable Energy Cooperative*”, Series on the German Energy Transition.
- Cenkış, S.(2008). “*Türkiye’de Kooperatifçilik ve Avrupa Ülkeleri ile Karşılaştırılma*”, Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İşletme Anabilimdalı, Seminer Dersi, Ankara.
- Henry, H. “*Guidelines for Cooperative Legislation*”, Review of International Cooperation, Vol.94, No.2/2011
- International Labour Organization-ILO, (2002), Uluslararası Çalışma Konferansı, 193 no’lu Tavsiye Kararı, “Kooperatiflerin Teşvikine İlişkin Tavsiye Kararı”, 20.06.2002.
- Mülayim, Z. G. (2003). “*Kooperatifçilik*”, Ankara: Yetkin Yayınevi.
- Mülayim, Z.G. (1998). “*Atatürk’ten Bugüne Kooperatifçilik*”, Ankara: Yetkin Yayınevi.
- National Rural Electric Cooperative Association- NRECA, “*Interactive Maps*”, 08.12.2013. <http://www.nreca.coop/about-electric-cooperatives/maps/>
- Rehber, E.(2011) “*Kooperatifçilik*”, Ankara: Ekin Yayınları
- University of Wisconsin, Center for Cooperatives, “*Research on the Economic Impact of Cooperatives-2009*”, 19.11.2012, <http://reic.uwcc.wisc.edu/electric/>
- Yiğiter, M. (1963). “*Egede Kooperatifçiliğin Doğuşu, Yüzüncü Yılda Tarım Kooperatifçiliğimiz*”. Ankara: T.C. Ziraat Bankası Kooperatifler Müdürlüğü Yayınları.



# Avrupa’da İnsan Kökenli Embriyonik Kök Hücrelerin Patentlenmesi ve Biyoetik

Ali Seyhan UĞURLU\*

## I. Giriş

Biyoteknoloji endüstrisi seksenli yıllardan itibaren umut veren bir yükselme çizgisi takip etmektedir. Patent hukuku da bu alanda çalışan buluş sahiplerinin fikri ve maddi yatırımlarını koruyarak önemli bir rol oynamaktadır.

Özellikle kök hücre teknolojisi ile ilgili çalışmaların sonucunda heyecan verici önemli sonuçlara ulaşılmıştır. Şöyle ki organların işlev bozuklukları, diyabet ve bugüne kadar tedavi edilmesi mümkün olmayan Alzheimer, Parkinson, multipl skleroz vb. hastalıkların tedavisinde özellikle insan embriyonik kök hücreleri (insan EKH) önemli bir araç olarak görülmüştür.<sup>1</sup> Bu nedenle kök hücre alanında yapılan araştırmaların insan refahını artırıcı özelliğinin bulunduğu kabul edilmelidir. Bununla beraber kök hücre araştırmaları özellikle insan embriyosunun araştırma malzemesi olduğu noktada kuvvetli etik sorunları da beraberinde getirmiştir. Bu nedenle Avrupa perspektifli bu makalede incelediğimiz konu önemli olduğu kadar bünyesinde karmaşık çözüm bekleyen sorunlar da içermektedir.

Bu amaçla girişi takip eden ikinci bölümde konunun hukuki boyutunun anlaşılabilmesi için çok temel anlamda kök hücre teknolojisine ilişkin kısa açıklamalar yapılmıştır. Üçüncü bölümde ise insan EKH’lerine ilişkin buluşların patentlenebilirliğinin değerlendirilmesi için gerekli hukuki araçlar (Avrupa Patent Konvansiyonu-APK, TRIPs Anlaşması ve AB Biyoteknoloji Yönergesi) genel hatlarıyla sunulmuştur. Sadece hukuki uygulamadaki yakla-

\* Hukukçu, LL.M. (IP), Münih Ludwig Maximilian Üniversitesi Doktora Öğrencisi.

<sup>1</sup> Steve Goldman, Stem and Progenitor-Cell Based Therapy of the Human Central Nervous System, Nature Biotech, 2005, s.867; Sheng Ding&Peter G. Schultz, A Role for Chemistry in Stem Cell Biology, Nature Biotech, 2004, s.839.

şımı değerlendirmekle (ör. APK'nın kamu düzeni ve genel ahlak kuralları ile ilgili yaklaşımı) yetinilmeyerek gösterilmek istenen hukuki sorununun daha iyi anlaşılabilmesi için özellikle embriyolar ile yapılan araştırmaların felsefi boyutuyla ilgili açıklamalara dördüncü bölümde yer verilmiştir. Beşinci bölümde Biyoteknoloji Yönergesi ve APK'nın konuyla ilgili maddelerinin uygulamada nasıl yorumlanması gerektiği, özellikle ortak uygulanabilecek genel ahlak kurallarının yokluğu gözönünde tutularak değerlendirilmiştir. Sonraki bölümde sorunun hukuki boyutunun daha iyi anlaşılabilmesi için Avrupa Patent Ofisi'nin (APO) kararlarına yer verilmiştir. Avrupa uygulamasını doğrudan etkilemesi bakımından bu alanda önemli yer tutan Brüstle patentinin Avrupa Adalet Divanı ve Almanya mahkemelerinde geçirdiği sürecin özellikle üzerinde durulmuş ve yedinci bölüm bu konudaki açıklamalara ayrılmıştır. Son bölümde ise açıklanan gelişmelerin hukuk sistemlerine ve gelecekteki uygulamaya olası etkisi somut örneklerle gösterilmeye çalışılmıştır.

## II. Kök Hücre Bilimi Hakkında Kısa Bilgi

Kendini yenileyebilen ve farklılaşabilen kök hücreler vücudun doğal hazinesi olarak da görülmektedir.<sup>2</sup> Bir başka deyişle, kendilerini kopyalayabilir ve başka özelleşmiş hücrelere de farklılaşabilirler. Örneğin, kas ve kan hücreleri kendilerini yenileyemedikleri zaman, bu noktada kök hücreler devreye girmektedir. Kök hücreler, farklılaşma tip ve kapasitelerine bağlı olarak totipotent, pluripotent ve multipotent şeklinde sınıflandırılabilirler. Totipotent kök hücreler plasenta gibi ekstraembriyonik dokuları oluşturan ve tüm organizmayı meydana getiren her türlü hücreye dönüşme özelliğine sahiptir. Pluripotent kök hücreler organizmadaki 220 hücreden her birine dönüşme yetkinliğini taşırlar. En az esnekliğe sahip multipotent kök hücreler ise birkaç organizma hücresine dönüşebilirler. Görüleceği üzere başka hücrelere farklılaşma kapasitelerine göre totipotentten multipotentte bir azalma söz konusudur.<sup>3</sup>

Kök hücreler, günümüz teknik koşullarında elde edilebileceği kaynağa göre üçe ayrılmaktadır: Yetişkin kök hücreler, embriyonik kök hücreler (EKH) ve indüklenen pluripotent kök hücreler. (iPKH).

<sup>2</sup> Euro Stem Cell, FAQ about Stem Cells and Regenerative Medicine, <http://www.eurostemcell.org/stem-cell-faq/introduction-stem-cells#t14n43> (Erişim: 11.08.2012); California Institute for Regenerative Medicine, Stem Cell Definitions, [http://www.cirm.ca.gov/StemCellBasics\\_Definitions#2](http://www.cirm.ca.gov/StemCellBasics_Definitions#2) (Erişim: 11.08.2012); The Nat'l Inst. of Health, Stem Cell Basics, Resource for stem cell research, [www.stemcells.nih.gov](http://www.stemcells.nih.gov) (Erişim: 11.08.2012)

<sup>3</sup> Nirupama Shevde, Flexible Friends, 483, Nature Dergisi, 2012, s. S23.

Yetişkin kök hücrelerin, kullanılan terime bağlı olarak, sadece yetişkinlerden elde edilebileceği düşünülse de, çocuklar ve fetüsten de elde edilebilirler. Kan hücrelerini oluşturan yetişkin kök hücreler ilk defa Stanford Üniversitesi'nden Irving Weismann tarafından üretilmiştir.<sup>4</sup> Bu kök hücreler, düşük miktarı ve elde edilmesindeki zorluk nedeniyle kök hücre alanındaki bilimsel araştırmayı kısıtlayıcı sonuçlara yol açabilmektedir. Güncel bilimsel veriler ışığında yetişkin kök hücrelerin elde edilebileceği ortam ve farklılaşma biçimleri hakkında tam olarak bir veri bulunmamaktadır.<sup>5</sup> Bu hücrelerin bilinen kaynakları beyin, karaciğer, bağırsaklar ve deridir. Bu hücreler, organizmanın, zarar görmüş bir organı yenilemesi için gönderdiği sinyal ile buldukları yerlerden çıkmaktadır.<sup>6</sup> Yetişkin kök hücreler genel olarak multipotenttir. Bir başka ifadeyle bu tip kök hücreler elde edildikleri dokuyu oluşturan hücrelere farklılaşabilirler. Bir örnekle açıklamak gerekirse, kalp krizi sırasında zarar gören kalp hücrelerinin her ne kadar yetişkin kök hücreler aracılığıyla yenilebileceği düşünülecek olsa da, kalpte bulunan kök hücrelerin elde edilmesi oldukça zordur. Çünkü bilim adamları, yeni kalp hücrelerini oluşturabilecek yetişkin kök hücreleri harekete geçirecek sinyalin özelliği hakkında henüz bilgiye sahip değildir. Buna rağmen Shevde tarafından dikkat çekilen 2011 yılındaki bir gelişmeye göre bilim adamları değişik kaynaklı yetişkin kök hücrelerden kalp hücresinin elde edilmesinde rol oynayan bir proteini bulmuşlardır. Bu veriler ışığında, yetişkin kök hücrelere bağlı tedavi yöntemleri konusunda yapılacak araştırmalar daha önem kazanacaktır.<sup>7</sup>

Embriyonik kök hücreler hakkındaki tarihsel gelişime bakıldığında ilk kez EKH'lerin 1970 yılında Jackson Laboratuvarında çalışan Leroy Stevens tarafından elde edildiği bilinmektedir. İnsan EKH'leri ilk kez Madison Üniversitesi'nden James Thomson tarafından elde edilmiştir.<sup>8</sup> EKH'ler yetişkin kök hücrelerden farklı olarak, döllenmeden sonra 5-6 güne denk gelen blastokist aşamasında bulunan embriyoların iç tabakasından elde edilmektedir. Embriyonik kök hücreler, yapay döllenme laboratuvarlarında *in vitro* döllenme sonucu üretilen embriyolardan elde edilebileceği gibi, somatik hücre çekirdeğinin çekirdeği alınmış bir yumurta hücresine nakledilmesiyle oluşturulan (Somatik hücre çekirdeği transferi teknolojisi-SCNT) embriyolardan da üretilebilir.<sup>9</sup> SCNT ile elde edilen hücreler, transferin yapıldığı somatik

4 California Institute for Regenerative Medicine yukarıdaki dn.2.

5 Id. s. S25.

6 Id. s. S23.

7 Id. s. S25.

8 Thomas. F. Budinger&Miriam D. Budinger, Ethics of Emerging Technologies, 2006, s.342.

9 California Institute for Regenerative Medicine, yukarıdaki dn.2.

hücrelerle aynı DNA'ya sahip olmakla beraber geleneksel olarak döllenmiş embriyolardan elde edilen EKH'ler gibi farklılaşabilmektedirler. EKH'lerin kendine özgülüğü, sınırsız olarak her türlü hücreye farklılaşabilme ve kendini yenileyebilme yeteneğinden, diğer bir ifadeyle pluripotent olmalarından ileri gelmektedir.<sup>10</sup> Bu nedenle EKH'ler biyoteknoloji ve tıp araştırmalarında oldukça önemli bir yere sahiptir.

Oldukça hararetli olan kök hücre araştırmaları sonucunda bilim adamları önemli bir gelişmeye imza atmışlardır. 2006 yılında Dr. Yamanaka ve Dr. Takahashi belli bir amaca sahip ve pluripotent olmayan herhangi bir hücrenin, EKH'ler ile aynı özelliklere sahip hale gelebileceğini bildirmişlerdir. (iPKH teknolojisi)<sup>11</sup> Bu yöntem ilk defa fare fibroblastlarına dört genin yerleştirilmesiyle gerçekleştirilmiştir. Bir yıl sonra bu yöntemin insanlar için de uygulanabileceği aynı grup bilim adamı tarafından bildirilmiştir.<sup>12</sup> Bu bildiriden kısa bir süre sonra Dr. Thomson'ın yönettiği araştırma grubu Yamanaka'nın uyguladığından farklı bir yöntemin varlığına işaret etmiştir.<sup>13</sup> Bu yöntemlerin hastaların kök hücre tedavisinde kullanılmasıyla ilgili tümör oluşumuna bağlı olarak çekinceler doğmuştur. Shevde'den öğrendiğimiz üzere Dr. Yamanaka ve meslektaşları bu sorunu tümör yaratan geni ortadan kaldırarak çözdüklerini bildirmişlerdir.<sup>14</sup> iPKH'lerin elde edilmesi için embriyolara gerek duyulmamasına rağmen bu yolla elde edilen hücreler de geleneksel yollarla elde edilen EKH'lerle benzerlik taşımaktadır.<sup>15</sup>

### III. İnsan EKH'lerine İlişkin Buluşların Patentlenmesi Konusunda Uygulanabilecek Kanun Maddeleri

#### 1. Avrupa Patent Konvansiyonu (APK)

APK<sup>16</sup>, APO bünyesinde yürütülen ortak inceleme sonucu başvuranın seçimine bağlı olarak Konvansiyona taraf olan ülkelerde geçerli olabilecek

<sup>10</sup> Budinger&Budinger, yukarıdaki dn.8.

<sup>11</sup> Shinya Yamanaka, Induced Pluripotent Stem Cells: Past, Present and Future, Cell Stem Cell Dergisi 10.sayı, 2012 s.678. Dr. Yamanaka ve John Gurdon kök hücre alanına olan katkıları nedeniyle Tıp alanında 2012 yılında Nobel ödülünü almışlardır, bu konudaki haber için bkz: <http://www.bbc.co.uk/news/health-19869673>, (Erişim:30.04.2013)

<sup>12</sup> Id.

<sup>13</sup> Shevde, yukarıdaki dn.3, s. S24.

<sup>14</sup> Id.

<sup>15</sup> Yamanaka, yukarıdaki dn.11. s.681.

<sup>16</sup> Avrupa Patent Konvansiyonu 05.10.1973 tarihinde kabul edilmiş olup 13.12.2007 tarihinde büyük ölçüde değişikliğe uğramıştır. Türkiye 1 Kasım 2000 tarihinden itibaren APO'nun üyesidir.

bir patentin verilmesini sağlayan uluslararası bir kanun metnidir. İlk olarak inceleme prosedüründe sorulması gereken soru buluşun patent korumasına uygun olup olmadığıdır. Daha sonra patent verilebilirlik şartları, diğer bir ifadeyle yenilik, buluş basamağı, sanayiye uygulanabilirlik açısından değerlendirme yapılacaktır. APK md.53'te patent korumasına konu olamayacak buluşlar sıralanmıştır. İlk olarak a) bendi altında kamu düzeni ve genel ahlâka aykırılık istisnası bulunmaktadır. Kamu düzenine ve genel ahlâka aykırı şekilde ticarete konu yapılan buluşların patentlenmesi mümkün değildir. b) bendinde bitki veya hayvan çeşitleri ya da bitki ve hayvanların üretimini sağlayan biyolojik yöntemler istisna kapsamındadır. Son olarak ise, hayvan veya insanların cerrahi veya terapi yoluyla tedavisini sağlayan yöntemler ve hayvan veya insan üzerinde uygulanan teşhis yöntemleri de patent korumasından yararlanamamaktadırlar. Yine de istisnaların da bazı istisnaları mevcuttur. Md. 53.a) ve 53.b)'de sırasıyla mikrobiyolojik yöntemler veya bu yöntemler sonucunda elde edilen ürünler ile ameliyat, terapi ve teşhis yöntemlerinde kullanılan ürünleri oluşturan belli maddeler ve bileşimler patent korumasından faydalanabilirler. Bu istisnaların dışında biyoteknoloji alanındaki buluşların patenle korunmasını engelleyici APK'da karşılaşılan en büyük istisna kamu düzeni ve genel ahlâka aykırılığa ilişkin düzenlemedir.

## 2. TRIPs

TRIPs md.27, patente konu olabilecek buluşun sınırlarını çizmektedir. Bu madde, buluşun yeri, ait olduğu teknolojik alan ve yerel olarak üretilip ya da ithal edilip edilmediği konusunda herhangi bir ayırım gözetmeksinin patent korumasının bütün buluşlar için mevcut olduğunu belirtmesi açısından oldukça önemlidir. Maddenin ifadesi Straus'a göre sınai mülkiyet koruması açısından tarihi bir olgudur, zira "neredeyse tüm" buluşlar ülkelerarası dolaşan diğer ticaret nesneleriyle aynı şekilde işleme tâbi olacaktır.<sup>17</sup> Buna rağmen bu "bonkör" düzenlemeyi aynı maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında yer alan bazı istisnalar izlemektedir. Md.27.2, ticarete konu yapılmasının engellenmesi kamu düzeninin ve ahlâkın korunması açısından gereklilik arz eden buluşları patent koruması dışında tutma yönünde bir seçim yapmayı, Dünya Ticaret Örgütü üyesi ülkeler için mümkün kılmıştır. Görüleceği üzere bu madde APK md.53(a) ile benzerlik taşımaktadır. Bu da göstermektedir ki

<sup>17</sup> Joseph Straus, *Implications of the TRIPs Agreement in the Field of Patent Law*, in *From Gatt to TRIPs: AGREEMENT ON TRADE RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS* (ED. FRIEDRICH-KARL BEIER&GERHARD SCHRICKER), VCH, 1996, s.180.

APK, TRIPs'in bu maddesinin kaleme alınmasında yol gösterici olmuştur.<sup>18</sup> Aynı çıkarımı TRIPs md.27.3 için de yapmak mümkündür; ancak APK'nın sağladığı istisnaların kapsamının TRIPs'den daha dar olduğunu belirtmekte fayda vardır. TRIPs'in diğer teknoloji alanları ve diğer buluş çeşitlerine yönelik olarak da bazı istisnaları bulunmaktadır.<sup>19</sup> Bu nedenle TRIPs'te bilimsel ve teknolojik gelişmelere bağlı olarak bazı değişikliklerin yapılması önerilmektedir. Aynı gerekliliğin APK için de geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Straus tarafından da işaret edildiği üzere, TRIPs, insan zihninin ürünlerini patent korumasının dışında tutan bir katalog hükme sahip değildir. Bu nedenle TRIPs, DNA, hücre hatları gibi biyolojik materyallerin patentlenebilirliği husunda aydınlatıcı olamamaktadır. Bu makalenin asıl konusunu oluşturan insan EKH'lerinin durumu açısından da aynı sonuca varmak mümkündür. Bu nedenle insan EKH'lerine ilişkin buluşlar daha çok kamu düzenine ve genel ahlâka uygunluk açısından değerlendirilmektedir.

### 3. EC 98/44 sayılı Biyoteknoloji Yönergesi

Biyoteknoloji ve genetik mühendislik, sanayinin birçok alanında önemli rol oynadığı için biyoteknolojik buluşların korunması da ayrı bir yere sahiptir.<sup>20</sup> EC 98/44 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi tarafından hazırlanan Biyoteknolojik Buluşların Hukuki Korunması hakkındaki Yönerge (Biyoteknoloji Yönergesi) 6 Temmuz 1998 tarihinde yasalaşmıştır. Etkin ve birbiriyle uyumlu yasalar yoluyla biyoteknolojik buluşların AB üye ülkeleri tarafından korunmasının gerekliliği, bu Yönergenin kabul edilmesinde önemli bir rol oynamıştır. İnsan EKH'lerinin korunması hakkında Yönerge'de yer alan maddeler şu şekildedir: Md.5(1), "insan vücudunun çeşitli oluşum ve gelişim aşamaları ile kısmi ya da bütün gen dizilişini kapsayacak şekilde insan vücudunu oluşturan alelâde unsurları" patent koruması kapsamının dışında tutmuştur. Buna karşılık, "insan vücudundan alınarak izole edilen ya da başka bir şekilde teknik bir yöntemle üretilen kısmi ya da bütün gen dizilişini kapsayacak unsurlar" md.5(2)'ye göre patent korumasına konu olabilir. APK ve TRIPs ile aynı doğrultuda, Biyoteknoloji Yönergesi md.6(1), patent korumasını engelleyen ahlâk temelli istisnaya yer vermiştir. Yönerge md.6(2) ise kamu düzeni ve genel ahlâka aykırı olması nedeniyle patent koruması dışında tutulan bazı

18 United Nations Conference on Trade and and Development- The Information and Communication Services Division, Resource Book on TRIPs and Development, 2005, sf.376.

19 Straus, a.g.e dn.17, s.183.

20 98/44 sayılı Biyoteknoloji Yönergesi, Başlangıç Bölümü(Recital 1), Avrupa Birliği Resmi Gazetesi 1998, sf.L213

buluşları örnekleme şeklinde saymıştır. Şöyle ki, insan klonlamayı sağlayan yöntemler; insanların üreme hücrelerinin dizilişinin genetik kimliğini değişikliğe uğratan yöntemler; embriyoların sınıai ve ticari amaçlarla kullanılması patent korunmasından faydalanamayacaktır.

Biyoteknoloji Yönergesi'nin kabul edilmesinden sonra, 16 Haziran 1999'da APO, Yönergede yer alan kuralları, APK'nın Uygulama Kuralları içerisine "Biyoteknolojik Buluşlar" başlığı altında dahil etmiştir.<sup>21</sup> APO'nun yayınladığı "Uygulama Kurallarının Değişikliği Hakkındaki" bildiri, Biyoteknoloji Yönergesi maddelerinin dahil edilmesi Avrupa Patent Hukuku'nun yeknesaklığını sağlamak şeklinde gerekçelendirilmiştir.<sup>22</sup> Bu yeni kurallarla APK'nın Biyoteknoloji Yönergesine uyumlu olarak yorumlanması amaçlanmıştır.<sup>23</sup> Bu bağlamda, APK md.164(1) gereği 26 ila 29 arasında yer alan Uygulama Kuralları da (Implementing Regulations) bağlayıcılık açısından APK kapsamı içerisinde değerlendirilmelidir. Sonuç olarak her ne kadar APO ve AB birbirinden bağımsız ve verilen kararlar açısından birbirlerini bağlayıcılığı olmayan iki farklı kurum olsa da, Biyoteknoloji Yönergesi'nin APO tarafından sıkı bir şekilde uygulanması gerekliliği büyük bir kısmı AB üyesi olan Konvansiyona taraf ülkeler arasındaki uyumluluk ve APK'nın daha etkin kullanımı gibi nedenlerle ileri sürülebilir.

#### IV. Etik ve Patent Hukuku

##### 1. Ahlâki Değerleri Dikkate Almayan Bir Patent Hukuku Mümkün müdür? Yasama Organının Tutumu

Etik, "ahlâk bilimi, insan yükümlülüklerinin ilkelerini inceleyen araştırma alanı" olarak tanımlanmıştır.<sup>24</sup> Yine de Zimmerli iki terim arasındaki kavramsal farklılığa dikkat çekmiştir: Zimmerli şu şekilde yorumlanabilir:<sup>25</sup> Etik, genel ahlâkın alt bölümüdür ve akılcılığın da ahlâki değerlerimizi biçimlendirmede rolü vardır. Etik iyi ile kötü, doğru ile yanlış arasında seçim sonucu yaptığımız davranışlarla ilgili çıkarımlar yapmaktadır. Bu makale kapsamın-

21 APO'nun APK Uygulama Kurallarının değişikliği hakkındaki bildirisi, 8-9/1999 APO Resmi Gazetesi Para.1, s.573.

22 Id. Para.3, s.573.

23 Id. Para. 9, s.575.

24 The Oxford English Dictionary, 1989, s.421.

25 Walther Christoph Zimmerli, *Discussion Session Comment in Patenting of Human Genes and Living Organisms*(Ed. F.Vogel&R.Grunwald), Springer, 1994, 148.



da etik ve ahlâk terimleri konunun anlaşılmasında herhangi bir sorun yaratmayacağı için birbirinden farklı anlamlara gelecek şekilde kullanılmayacaktır

Kısaca tarihe bakacak olursak, Karet'den öğrendiğimize göre ahlâka uygunlukla ilgili ilk patent hukuku düzenlemesi 1844 yılındaki Fransız Patent Kanunu'dur.<sup>26</sup> Adı geçen Kanuna göre kamu düzeni, kamu güvenliği ya da genel ahlâk kurallarına aykırı olarak kabul edilen patentler geçersiz kılınacaktır. Her ne kadar bu terimler bize tanıdık gelse de, bugün bu terimlere atfedilen anlam 19.yüzyıldakinden oldukça farklıdır. Yine de bu terimlere yüklenen farklı anlamlardaki ortak paydayı toplum genel kabulüne aykırı davranışın benimsenmemesi şeklinde yorumlamak mümkündür. Kamuoyu düşüncesi onu oluşturan her bir bireyin eğitim seviyesi ile dini ve diğer inanışlarına bağlıdır.

Diğer tarafta ise insanın teknik alanlarda ulaştığı başarılı sonuçların gerçekleştirilmesinde patent hukukunun teşvik edici rolü bulunmaktadır. Bu nedenle bilim topluluğu için önemli olan, ulaşılan bu başarıların korunmasıdır. Teşvik teorisi, patent hukuku felsefesinin en önemli unsurudur. Buna göre icatlara yapılan yatırımdan fayda sağladıkları ölçüde, insanların sosyal değerleri değişecek ve refah düzeyi artacaktır.<sup>27</sup> Bunun yanında her türlü buluşun sosyal refahı artıran rolünün bulunmadığı kabul edildiğinden patent koruması kapsamında yer almayan buluşlar vardır. Bu istisnalar aynı zamanda basit kuram ve fikirlerin korunmasının önüne geçip yenilikçi adımların ortaya çıkmasını sağlamaktadır. Diğer istisnalar ise daha önce de belirtildiği üzere ahlâki ve etik değerler üzerine kuruludur.

Biyoteknoloji alanında özellikle gen haritası çıkarılması, yapay organ üretimi ve klonlama gibi bazı gelişmeler dini konularda muhafazakar çevrelerce uygun bulunmamaktadır. Özellikle canlı organizmaların bu alanın odak noktası olduğu kabul edilecek olursa, bu alanı bazı kurallarla düzenlerken gruptan gruba farklılık gösteren bazı inanç, değerler ve hassasiyetlerle karşılaşılabilir. Olasılığı oldukça yüksektir. Tüm bu açıklamaları yapmaktaki amacımız yasama organı tarafından benimsenecek doğru tutumun tartışılmasına yöneliktir. Yasama organının toplumda hâkim olan bir görüşü benimseyen bir yasama fa-

26 Bryan Karet, *Moral Dilemmas in the History of Patent Legislation* in EPOSIUM 1992, Genetic Engineering-The New Challenge, Avrupa Patent Ofisi Yayını, 1993, s. 316.

27 Fritz Machlup, *An Economic Review of the Patent System*, Study of the Subcommittee on Patents, Trademarks and Copyrights of the Committee on the Judiciary United States Senate 1958, s.23



aliyetine girmesi demokratik ilkelerle bağdaşmaz.<sup>28</sup> Özellikle bu tutum insan hayatının kutsal niteliği nedeniyle insan EKH'lerine ilişkin buluşlar açısından daha da önem taşımaktadır.

Özellikle patent hukukuna ahlâk temelli bazı istisnaların getirilmesi, bu alanda yapılan yasama faaliyetinin doğasından kaynaklanan ileriye dönük öngörü taşıyan kurallar getirmenin zorluğu nedeniyle bazı sorunlara yol açabilmektedir. Çünkü toplumdaki ortalama bir bireyin bugün getirilerini değerlendiremediği ve kabul etmediği bir teknolojinin zaman içerisinde kabul görmesi; fakat geçen zaman içerisinde bu alandaki yeniliğin teşvik edilmesi nedeniyle geç kalınması fazlasıyla olasıdır. Bu nedenle patent hukuku düzenlemeleri, ilişkili olduğu bilimsel ve teknik alanların dinamik niteliğini gözönünde tutmalı ve belirli noktaları hedefleyen spesifik kurallar getirmelidir. Bununla beraber bunun kolaylıkla gerçekleştirilemeyecek bir faaliyet olduğu da kabul edilmelidir.<sup>29</sup>

Tüm bu açıklamalar ışığında birçok ülkedeki yasama organı ahlâk kuralları temelli bazı istisnalar getirmiştir. Bir görüşe göre toplumda zarara ve rahatsızlığa yol açacak buluşların patent korumasından faydalanmamalıdır. Aynı durum, yasa koyucunun toplumun büyük bir kısmının düşüncesine uygun olarak çocuk pornosuna ve nefret suçlarına bazı cezai yaptırımlar getirmesinde de görülmektedir. Buna karşılık patent hukukunda ahlâki sebeplere dayalı istisnalar bahsi geçen cezai yaptırımlarla aynı caydırıcı ve engelleyici güce sahip olmayacaktır. Çünkü bilim adamının bilinmeyi çözüp yeni fikirler üretmek için taşıdığı güçlü arzunun önüne geçmek pek mümkün değildir. Bazı alanlarda patent korumasının bulunmaması o alanda araştırma ve çalışmaların sona ereceği anlamına gelmeyecektir. Zira patent, sahibine icadı kullanma hakkı tanımamaktadır. Bir icadın patent ile korunmamış olması onun kullanılamayacağı anlamına gelmemektedir.<sup>30</sup> Tam tersine, patent hakkı sayesinde başkalarının icadı kullanması, satması, üretmesi vb. faaliyetlerin önüne geçildiği için, patent hakkının yokluğu sonucunda birçok bilim insanı daha rahat çalışmalarını sürdürebilecektir.

28 Justine Burley, *An Abstract Approach to the Regulation of Human Genetics; Law, Morality and Social Policy in the Regulatory Challenge of Biotechnology*, Biotechnology Regulation Series, 2007, s.86.

29 Margo Bagley, *Patent First, Ask Questions Later: Morality and Biotechnology in Patent Law*, WM&Mary Law Review, 2003, s.534.

30 Joseph Straus, *Intellectual Property Rights: Ethical Aspects*, in *International Encyclopedia of the Social&Behavioral Sciences*(ed. Neil J.Smelser&Paul B.Baltes), Elsevier, 2001, s.7621.

Buna karşılık, patent korumasına getirilen bazı istisnaların bilimsel AR-GE faaliyetlerine olumsuz etkisinin bulunacağı reddedilemez. Bilimsel çalışmaların gerçekleştirilmesini sağlayan patent korunmasının getirdiği ekonomik teşvik bulunmadığı zaman, bilim adamlarının çalışmalarından beslenen sanayiye yatırım yapacak sermaye sahiplerini de bulmak zorlaşacaktır. Bu durumda patent hukuku, düzenleyici bazı kural ve yasaklamaların yerini alarak ahlâki değerlere aykırı olan icatları engellememelidir. Bununla beraber özellikle gelişen ve gelecek vaat eden biyoteknoloji gibi alanlarda, teşvik sadece ekonomik sebeplere bağlanmamalı, örneğin bu alandaki gelişmelerin ciddi hastalıkların tedavisinde oynadığı rolün bilim adamları için itici bir güç olduğu da unutulmamalıdır.

Bu noktada araştırmanın odak noktası olan Avrupa patent sisteminde kabul edilebilir bir patent politikası için farklı yasa koyucuların benimsediği tutuma yakından bakmak daha doğru olacaktır.

#### 4. APK'da Benimsenen Etik-Patent Hukuku İlişkisi

Yukarıda da belirtildiği gibi APK md. 53(a) çerçevesinde değerlendirme yapacak patent uzmanı, bu maddede yer alan kamu düzeni ve genel ahlâk ifadelerinin anlamı hakkında tereddüt duymamalıdır. APO Teknik Temyiz Kurulu'nun (Technical Board of Appeal) kararında<sup>31</sup>, yasa koyucunun bu iki kavramı bilinçli olarak tanımlamaktan çekinmesi ve bu görevin Avrupa Kurumlarına bırakıldığı APK'nın hazırlık süreci belgelerine dayanılarak açıklanmıştır. Buradan hareketle Teknik Temyiz Kurulu bu iki kavramı yorumlama girişiminde bulunmuştur. Plant Genetic Systems kararında söz konusu kavramlar birbirlerinden bağımsız anlamlara sahip olarak değerlendirilmiştir. Adı geçen karara göre, kamu düzeni “kamu güvenliği ve toplumu oluşturan bireylerin fiziksel bütünlüğü” şeklinde yorumlanırken, çevrenin korunması da aynı kavram içerisinde değerlendirilmiştir.<sup>32</sup> Teknik Temyiz Kurulu, ahlâki, “bir davranışın doğru ve kabul edilebilir olduğu gibi bir başka davranışın yanlış olduğu inancı” şeklinde yorumlamıştır. Ayrıca bu inancın bir toplumda yer alan sağlam bir kültürden kaynaklanan kurallar bütünü üzerine kurulu olduğu belirtilmiştir. Bu tanımlamaya bakıldığında tanım, kapsamının konum kapsamının içine çevre korumasının dahil edilmesi patent korumasına getirilen istisnaların geniş olarak yorumlanabileceğini ve yasa koyucunun amaçladığının ötesinde sonuçlara varılabileceğini de göstermiştir. Hukuk lite-

31 T 0356/93, Plant Cells/Plant Genetic Systems, APO Resmi Gazetesi 1995, s.557.

32 Id.

ratüründe de bu iki kavramın farklı anlamları bulunduğu dikkat çekilmiştir. Moufang'a göre kamu düzeni hukuk düzeninin esas ilkeleri iken, genel ahlâk kuralları, hayati öneme sahip etik temelli oluşturulmuş ve bağlayıcılığı kabul edilmiş olan kurallar olarak tanımlanmıştır.<sup>33</sup> Aynı yönde Straus da kamu düzenini hukuk düzeninin temel kurucu ilkeleri olarak değerlendirmiştir.<sup>34</sup>

Bu iki kavramın anlamı açıklandıktan sonra üzerinde durulması gereken diğer bir konu ise Avrupa kamu düzenini ve genel ahlâk kurallarını meydana getiren unsurlardır. Belirtmek gerekir ki Avrupa'ya ait olan kültürel ilke ve değerleri tanımlamak kolay bir iş değildir. APO'ya üye ülkelerin kültürel çeşitliliği dikkate alınacak olursa, teknolojik gelişmelerle ilgili anlayış ve yaklaşımda belirsizlik yaşanacağı şüphesizdir. Bu belirsizliği çözmek için bazı adımlar atılmıştır. Şöyle ki Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)<sup>35</sup>'de yer alan değerlerin Avrupa kamu düzeni ve genel ahlâk kurallarının bir parçası olması gerektiği yorumu yapılmıştır.<sup>36</sup> Örneğin, yaşam hakkına (AİHS md.2) veya işkence yasağına (AİHS md.3) aykırılık oluşturabilecek buluşların APK md.53(a) kapsamında patent korumasından faydalanamayacağı belirtilmiştir. Bu bağlamda, APK taraf ülkelerinin genel ahlâk kuralları anlayışında bazı farklılıklar olsa da, ortak Avrupa ahlâk ve kamu düzeni kurallarına ulaşma isteği bir ütopya olmayabilir. Fakat APO, bunu yerine getirirken yapay kurallar getirmekten de çekinmelidir.<sup>37</sup>

Genel ahlâk ve kamu düzeni kurallarının varlığının yaratabileceği soru işaretleri göz önüne alındığında bu temelde yapılan kanuni düzenlemelerin kaldırılması gerektiğini de savunmak mümkündür; ancak bu varsayım adalet, eşitlik, özgürlük gibi Avrupa demokrasilerinin dayandığı temel ilkelerle uyum içinde olmayabilir. Bu nedenle APK'da farklı ülkelerde uygulanabilirliği sağlamak amacıyla ahlâka ve kamu düzenine aykırılık kuralı geniş bir ifadeyle düzenlenmiştir. Başka bir açıdan bakacak olursak, yasa koyucunun geniş düzenleme yapması bu sefer de kamu düzeni ve ahlâka aykırılık eşliğinin nasıl belirlenmesi gerektiği, diğer bir ifadeyle toplum tarafından kabul edilmezlik şeklinde mi yoksa geri dönülmesi mümkün olmayan sert bir itiraz şeklinde mi değerlendirileceği düşünülmelidir.

33 Rainer Moufang, Patenting of Human Genes, Cells and Parts of the Body?-The Ethical Dimension of Patent Law, International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC Dergisi), 1994, s. 503.

34 Joseph Straus, Biotechnology and Patents, CHIMIA Dergisi, 2000, s.294.

35 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Konseyi, 03.09.1953.

36 Moufang, a.g.m, s.503.

37 Joseph Straus, *Patenting Human Genes and Living Organism- The Legal Situation in Europe* in Patenting of Human Genes and Living Organisms, 1994, s.25

## 5. Biyoteknoloji Yönergesinin Kamu Düzenine ve Genel Ahlâk Kurallarına Bakışı

Daha önce de belirtildiği gibi Biyoteknoloji Yönergesi bünyesinde barındırdığı genel ahlâk ve kamu düzenine aykırılık hükümleri ile APK ile aynı yolu izlemiştir. Avrupa Komisyonu ve Parlamentosu'nda Yönergenin hazırlık sürecinde yapılan tartışmalara bakıldığında bu düzenlemelerin siyasi gereklilikten doğduğu söylenebilecektir.<sup>38</sup> Sonuç olarak, Biyoteknoloji Yönergesi'nde APK 53(a)'da olduğu gibi ticarete konu yapılması kamu düzeni ve genel ahlâka aykırılık oluşturacak biyoteknolojik buluşların patent korumasından faydalanamayacağı belirtilmiştir.

Biyoteknoloji Yönergesi, APK'dan farklı olarak kamu düzenine ve genel ahlâka aykırılık oluşturan, diğer ifadeyle patent korumasından faydalanamayacak buluşların sınırlayıcı olmayan biçimde bir listesini yapmıştır.<sup>39</sup> Böylece yasa koyucunun amacı "ulusal mahkeme ve patent ofislerine rehber olan bir düzenleme yapmaktır."<sup>40</sup> Günümüzde ise rehberlik etmek bir tarafa bu maddelerin varlığı güncel tartışmanın ana eksenini oluşturmaktadır. Bu durum daha çok yasa koyucunun kuralları belirlediği dönemdeki bilimsel gelişmelere geriye dönük olarak bakmasından kaynaklanmaktadır.<sup>41</sup> Bu tespit şu şekilde örneklendirilebilir: Md. 6(2)(d) APO'nun bir davayla ilgili karardan sonra Yönerge metnine dahil edilmiştir. APO'nun, önündeki davaya konu olan patent, tümör hücreleri üreten genetiği değiştirilmiş bir fareyi elde etme yöntemine ilişkindir.<sup>42</sup> Söz konusu patent verilmeden önce APO'nun çeşitli kademelerinde tartışılmıştır. APO Teknik Temyiz Kurulu tarafından verilen kararda belirtilen hayvanların eziyet çekmesi ve çevreye olası riskler ile buluşun insanlığa katkısını "tartarak değerlendirme" yöntemi, APO Patent Değerlendirme Birimi tarafından kabul edilmiştir. Tartma yönteminin sonunda patentin verilmesi toplumda rahatsızlık yaratmış ve md. 6(2)(d)'nin Yönerge'ye eklenmesi sonucu ortaya çıkmıştır.<sup>43</sup>

38 Gerard Porter, *The Drafting History of the European Biotechnology Directive in Embryonic Stem Cell Patents*, (ed.P.Torremans&A.Plomer), Oxford University Press, 2009, s.10.

39 Biyoteknoloji Yönergesi, Başlangıç Bölümü, 38.paragraf.

40 Biyoteknoloji Yönergesi Md. 6(2).

41 Porter, yukarıdaki dn.38, s.5.

42 Harvard Oncomouse APK Patent No: EP 0169672, 13.05.1992, <http://worldwide.espacenet.com>. (Erişim tarihi: 31.07.2012)

43 Porter, yukarıdaki dn.38, s.12.

### a. Biyoetik ve İnsan EKH'lerine İlişkin Buluşların Patentlenmesi

Bu noktada üzerinde durduğumuz kök hücrelerin kaynağını oluşturan insan embriyosunun ahlâki statüsünün değerlendirilmesi gerekmektedir. İnsan embriyosunun ahlâki statüsü hakkında iki görüş ileri sürülmektedir.<sup>44</sup> İlk görüşe göre insan hayatı ana rahmine düşme hatta blastokist evrede başlamaktadır. Bu evrede embriyo, hakları olan ve bu haklara saygı duyulması gereken bir kişi olarak değerlendirilmektedir. Bu görüşe göre, insana dönüşme için gerekli genetik bilgiyi barındıran yumurta, insan olarak kabul edilmektedir. Diğer görüşe göre ise embriyo insan özelliklerine sahip olmayan bir hücreler topluluğundan ibarettir. Burada insanın duygu, bilinç, muhakeme, irade ve dil kullanımı gibi özelliklerle bir önem kazandığı belirtilmektedir.<sup>45</sup> Aslında, insan embriyosu ne derece insanlık onuruna sahiptir sorusunun cevaplanması oldukça önemlidir. Bu noktada Alman filozof Immanuel Kant'a atıf yapmak yanlış olmayacaktır. Kant, insan olan ve olmayan varlık arasındaki sınırı belirlemiştir. Ona göre, insanlık akıl ile vücut bulur. Buna göre akıl, duygulara sahip olma ve konuşma gibi diğer insani özelliklerin önüne geçmektedir.<sup>46</sup> Birçok biyoetik tartışmada atıf yapılan Immanuel Kant'ın, Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi adlı eserinde insanın sadece piyasa değeriyle değil; ancak ahlâki değeriyle diğer bir ifadeyle onuruyla değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>47</sup>

İnsan embriyosu üzerindeki araştırmaların yapılmasına taraftar olanlar ile karşı olanlar da Kant'ın açıklamalarını kendi tezlerini savunmada gerekçe olarak kullanmışlardır. İnsan kök hücresine ilişkin çalışmalara karşı olanlar insanı nesneleştiren ve araçsallaştıran her girişimin insanlık onuruna aykırı olacağını belirtmiştir. İnsan organizmasının oluşum başlangıcının, döllemenin tamamlanmasına denk geldiğinin kabul edildiği yukarıda değinilen görüşe göre insan embriyosunun yaşam hakkına koşulsuz olarak saygı gösterilmesi gerekmektedir. Her birey kendiliğini gerçekleştirmeyi amaç edinmelidir. Bu durumda insan EKH'leri elde ederek embriyoyu yok etmek, başkalarının amacının gerçekleşmesine yol açtığından insanın metalaşması olarak kabul

44 Bonnie Steinbock, *Moral Status, Moral Value and Human Embryos: Implications for Stem Cell Research* in Oxford Handbook of Bioethics, Oxford University Press, 2007, s. 421.

45 Id.427

46 David Resnik, *Embryonic Stem Cell Patents and Human Dignity*, 15(3) Health Care Anal, 2007, s.215

47 Susan M. Shell, *Kant's Concept of Human Dignity as a Resource for Bioethics in Human Dignity and Bioethics: Essays Commissioned by the President's Council on Bioethics*, 2008, s.334.

edilmektedir. O halde blastokist iç yapısından insan EKH'leri elde etmek için embriyonun yok edilmesi cinayetle eşdeğerde sayılabilecek insanlık onuruna aykırı bir davranıştır. Ancak bu görüşte ortaya çıkan zayıflık, insanın çocukluk dönemi ile bir embriyo halinde olduğu evre arasında herhangi bir fark gözetmemesidir. Diğer taraftan Kant'ın görüşleri, insan EKH'lerine ilişkin araştırmaları savunan grup tarafından da benimsenmiştir. Zira embriyo akılcı düşünme yetkisine ve bilince sahip olmadığından insan olarak değerlendirilemeyecektir.<sup>48</sup> Böylece insan EKH'lerinin elde edilmesi insanlık onuruna ve insanın ahlâki statüsüne aykırı görülmeyecektir. Çünkü insan, zekası, duyguları, estetik beğenileriyle tanımlanmaktadır.<sup>49</sup> Bu görüşün zayıf tarafı ise bu temelde bazı zeka gerilikleri bulunan kişilerin insan kapsamında değerlendirilmeme olasılığının bulunmasıdır.

### **b. İki Tarafı Keskin Bıçak: İnsan EKH'leri Elde Etmek İçin Kullanılan Farklı Yöntemlere Çözüm Amaçlı Bakış**

Yukarıda belirttiğimiz görüşlerden hiçbirini sahip oldukları zayıflıklar nedeniyle açık yüreklilikle savunmak mümkün değildir. Bu görüşlerden hiçbiri, insan EKH'lerine ilişkin çalışmalardan doğan genel ahlâk ve kamu düzeni sorunlarını tam olarak ele alamamaktadır. Bu durum, çözüm amaçlı orta yol bulma çabasının çok kolay olmadığına da bir göstergesidir. Aynı grup içerisinde yer alan görüşlerde bile bazı uyumsuz noktalar mevcuttur. Aşağıda farklı insan EKH'leri elde etme yöntemlerinin genel ahlâk ve kamu düzenine aykırı olmayan taraflarını ortaya koymaya çalışacağız.

### **(1) Döllenmeden Sonraki 14 Günlük Dönemde Embriyolar Üzerinde Çalışma**

İnsanın ana rahmine düşmesinden hemen sonra oluştuğuna ilişkin görüşten çok az da olsa farklılık arz eden görüşe göre insan döllenmeden 14 gün sonra oluşmaktadır. Steinbock tarafından R.M Green'e yapılan atıftan öğrendiğimize göre erken dönemdeki embriyo tek bir bireyin oluştuğunun göstergesi değildir; çünkü bu aşamada ikili veya üçlü bölünmeler meydana gelmektedir.<sup>50</sup> Sonuç olarak embriyonun insan olma statüsü döllenmeden 14

48 Bertha Alvarez Manninen, Are Human Embryos Kantian Persons?: Kantian Considerations in favor of Embryonic Stem Cell Research, Phil, Ethics and Human in Med, 2008, s.4, [www.peh-med.com/content/3/1/4](http://www.peh-med.com/content/3/1/4), (Son Erişim Tarihi 18.07.2012)

49 Resnik, yukarıdaki dn.46, s.216.

50 Steinbock, yukarıdaki dn.44, s.422.

gün sonra kabul edilebilir. Böylece insan EKH'leri elde etmek için, döllenen sonraki 14 günlük zaman diliminde olan embriyoların kullanılması kabul edilebilir bir yol olarak görülebilir.

## (2) Arda Kalan Embriyolar Üzerinden Çalışma

Bir başka görüş, insana dönüştüğü ve farklılaştığı ölçüde embriyoya saygı gösterilmesini savunmaktadır. Diğer bir ifadeyle, embriyo tüm aşamalarında aynı derecede insanlık onuruna sahip olarak değerlendirilmeyecektir. Yukarıda belirtilen 14 günü temel alan görüşten farklı olarak insanlık onurunun, daha geniş bir zaman çizgisi içinde insanın gelişim evreleriyle doğru orantılı bir biçimde arttığı belirtildiğinden 14 günlük dönemi aşmış embriyolar üzerinde de çalışma yapılmasına olanak sağlanmaktadır. Resnik bu düşüncüyü yaşam hakkı fakat evlenme ve oy kullanma hakkı olmayan çocuk örneği ile somutlaştırmaktadır.<sup>51</sup> Bu görüş özellikle *in vitro* döllenen yöntemleri sonucunda arda kalan embriyoların kullanılmasını meşrulaştırmak için önem taşımaktadır. Bu tedavi yönteminde kadının çekeceği fiziki ıstırapı azaltmak ve tedavinin başarı şansını yükseltmek için çok sayıda dölleme yapılarak birçok embriyo elde edilmektedir. Elde edilen fazladan embriyolar döllenen sonraki altı gün içerisinde dondurulmalıdır.<sup>52</sup> Eğer bu embriyolar belli bir zaman içerisinde kullanılmazlarsa ana rahmine yerleştirilme yetilerini kaybetmektedirler.<sup>53</sup> Bu durumda bu embriyoların imha edilmesinden başka bir seçenek kalmamaktadır. Bu şekilde bir taraftan doğum tedavilerinde kullanılmak üzere üretilen embriyoların yok edilmesi kabul edilirken, diğer tarafta Alzheimer, Parkinson, diyabet vb. önemli hastalıkları tedavi etme amacı taşıyan yöntemlerin elde edilmesi amacıyla da bize göre arda kalan insan embriyolarının yok edilmesi kabul görmelidir.<sup>54</sup> Tekrar Kant'a dönersek, ana rahmine yerleştirilmeyen embriyoların artık kendisi için herhangi bir amacı olmadığı göz önünde tutulduğunda yaşam potansiyeli olmayan embriyoların yok edilmesi de savunulabilecektir. Bu şekilde erişilebilecek orta yolun daha

51 Resnik, yukarıdaki dn.46, s.217.

52 Bu tedavi yöntemini anlamak için Reproductive Genetics Institute internet sitesi [http://reproductivegenetics.com/frozen\\_embryo.html](http://reproductivegenetics.com/frozen_embryo.html) (Erişim tarihi: 23.07.2012)

53 Roberto Gambari & Alessia Finotti, Bioethics and Freedom of Scientific Research in Gene Therapy and Stem Cell Biology in Biotech Innovation and Fundamental Rights, Springer, 2012, s.120.

54 Steinbock, yukarıdaki dn. 44, s.437; Steve Goldman, Stem and Progenitor Cell-Based Therapy of the Human Central Nervous System, Nature Biotech Dergisi, 2005,s. 867.; Sheng Ding & Peter G.Schultz, A Role for Chemistry in Stem Cell Biology, Nature Biotech Dergisi 2004,s. 839.



da işlerlik kazanabilmesi için doğum tedavisi yöntemlerine katılan annenin ya da çiftin fazladan elde edilen embriyolar üzerinde araştırma yapılmasına olanak sağlayabilecek aydınlatılmış onamının alınması yerinde olacaktır.<sup>55</sup> Bu noktada ortaya çıkabilecek bir sorun bu onamın, yapılacak araştırmaları takip eden patent başvurularını da kapsayıp kapsamayacağıdır. Bu nedenle söz konusu onamın kapsamı açıkça belirtilmelidir.

### (3) SCNT Yoluyla Elde Edilen Embriyolar Üzerindeki Araştırma

Bu yöntemin insan EKH'leri elde etmek için bir orta yol oluşturacağını kabul etmek daha zordur; çünkü bu yöntemde embriyolar, üzerinde araştırma yapmak üzere yok etmek amacıyla üretilmektedir. Daha önce de belirttiğimiz *in vitro* doğum tedavisi yöntemleri sonucunda bazı embriyoların yok edilmesinin söz konusu olduğu düşünüldüğünde SCNT ile elde edilen embriyoların yok edilmesi de toplumda büyük bir infiale yol açmamalıdır.<sup>56</sup> Yine de bu görüşü savunurken ihtiyatlı olunmalıdır; çünkü Avrupa'da embriyo yok edilmesine ilişkin düzenlemeler oldukça sıkı bir şekilde düzenlenmiştir.<sup>57</sup>

Kamu düzenine ve genel ahlâk kurallarına aykırılık oluşturmayacak orta yol seçenekleri, insan EKH'lerine ilişkin buluşlara karşıt görüş getirilmeden önce mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır. Sonuç olarak yukarıdaki açıklamalar değerlendirildiğinde insan embriyosunun kullanıldığı araştırmaların etik anlamda sorun yaratmayacağı durumların da var olduğu görülmektedir.

## V. Avrupa Uygulamasına Detaylı Bakış

### 1. Biyoteknoloji Yönergesi

#### a. İnsan Embriyosunun Patentlenebilirliği

Yönerge md.5(1)'e göre yukarıda yapılan açıklamalar ışığında insan embriyosunun patentlenemeyeceğini söylemek yasa koyucunun amacına ters düşmemektedir. Porter'dan öğrendiğimize göre insan embriyosu tek başına (per se) patent isteminin konusunu oluşturduğunda istisna kapsamında ola-

55 Gambari&Finotti, yukarıdaki dn.53, s.120.

56 Steinbock, yukarıdaki dn.44, s.438.

57 Örneğin Finlandiya ve Birleşik Krallık düzenlemeleri embriyoların yok edilmeden önceki saklama süresine ilişkin farklılıklar içermektedir. Daha ayrıntılı bilgi için Bkz: Rosario M. Isasi&Bartha M.Knoppers, *Towards The Commonality? Policy Approaches to Human Embryonic Stem Cell Research in Europe*, in *Embryonic Stem Cell Patents*, yukarıdaki dn.38, s.49.



caktır. Bu düzenlemede insan embriyosunun tanımı yapılmamıştır. Bunun bir nedeni, güncel bilimsel durum ile çelişki yaratacak şekilde bir kavramın bilimsel açıklamasının hukuk metninde yer almaması gerektiği düşüncesi iken, diğer neden farklı ulusal hukuklarda söz konusu kavramın farklı şekillerde tanımlanmış olmasıdır. Alman Embriyo Korunması Kanunu'nda insan embriyosu, “döllenenmiş ve çekirdeklerin birleşme anından itibaren gelişmeye uygun insan üreme hücresi ile bir embriyodan alınan, bölünmesi ve uygun koşullar altında bir insana dönüşmesi mümkün olan totipotent hücre” şeklinde tanımlanmaktadır.<sup>58</sup> Birleşik Krallık Hukuku'na göre ise insan embriyosu “canlı ve diğer canlı varlıklarla karıştırılmamış” olmalıdır. Ayrıca “döllene veya embriyonun meydana gelmesine yol açan herhangi bir yöntem sonucu ortaya çıkan yumurta” da embriyo tanımı kapsamındadır.<sup>59</sup> Alman Hukuku'nda embriyodan elde edilmiş totipotent hücrelerin de kapsam içinde olması, embriyo tanımının, Birleşik Krallık Hukuku'ndan daha geniş yapıldığını göstermektedir. Görüleceği üzere, değişik hukuklardaki farklı embriyo tanımı nedeniyle insan EKH'lerinin bu tanım kapsamında olup olmadığı üzerinde durulmalıdır.

### c. İnsan EKH'lerine İlişkin Buluşların Patentlenebilirliği

İnsan EKH'lerinin insan oluşturma kapasitesi bulunmadığından bunları embriyo kapsamında değerlendirmek mümkün olmayacaktır. Buna rağmen insan EKH'lerinin patentlenebilirliği tartışmasının genel ahlâka ve kamu düzenine uygun olması konusunun tartışılmasında iki husus ortaya çıkmaktadır: İlki blastokistin kaynağıyla ilgilenmeksizin sadece insan EKH'lerini elde etmek amacıyla insan embriyosunun yok edilmesidir. İkinci husus ise insan embriyosunun kaynağına, özellikle blastokistlerin sadece ve sadece insan EKH'leri elde etmek için üretilmesine ilişkindir.

#### (1) İnsan EKH'leri İçin Embriyoların Yok Edilmesi

Embriyoların yok edilmesi yoluyla insan EKH'lerini elde eden faaliyetleri içeren patent başvurularına uygulanması en muhtemel hukuki düzenleme Yönerge md. 6(2)(c)'dir. AB üye ülkelerinin, bu maddeyi kendi hukukları ışığında yorumlamaları mümkün değildir.<sup>60</sup> Bu durumda, madde kapsamında değer-

<sup>58</sup> Gesetz zum Schutz von Embryonen [ESchG] [Embryo Protection Act], Feb. 13, 1990, Sec.8 (F.R.G) available at <http://www.auswaertiges-amt.de/cae/servlet/contentblob/480804/publicationFile/5162/EmbryoProtectionAct.pdf> (Erişim: 01.08.2012)

<sup>59</sup> Human Fertilisation and Embryology Act, 2008, c.22, Part 1, (U.K.) [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/pdfs/ukpga\\_20080022\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/pdfs/ukpga_20080022_en.pdf) (Erişim: 01.08.2012).

<sup>60</sup> C-456/03, Komisyon v. İtalya kararı, Avrupa Adalet Divanı, 16.06.2005, para.78

lendirilebilecek haller büyük bir titizlikle belirlenmelidir. İnsan EKH'lerinin patentlenmesini bu madde kapsamında değerlendirecek olursak, patent korumasına istisna tanınmasının sebebi, insan EKH'leri elde etmek amacıyla insan embriyolarının sınai ve ticari amaçla kullanılması olacaktır. Bu yorumda asıl olarak, insan embriyosunun kullanılmasını takiben ortaya çıkan "sınai ve ticari amacı"nın varlığını ahlâka aykırı olarak değerlendirmek mümkün olabilir. Bu madde, embriyonun yok edilmesiyle yakından bağlantılıdır. Söz konusu yaklaşımda dikkat edilmesi gereken iki önemli nokta vardır. Birinci sorun, bu madde ile buluşun patent korumasının dışında tutulan kapsamının belirlenmesidir. Burada sorulması gereken soru buluşun genel ahlâka ve kamu düzenine aykırılığının patent istemlerine göre mi yoksa bütün başvuruya hatta daha ötesine bakarak mı tespit edilip edilmeyeceğidir. APK md.69'a göre korumanın kapsamının konusunu belirlerken sadece istemlere bakılacağı kuralının, patent korumasının istisnası için de uygulanması gerektiğini düşünmek mümkündür. Buna karşıt görüş olarak ise buluşu, teknik öğretisi ve buluşa giden yoldaki tüm eylemleri de kapsayacak şekilde bir bütün olarak ele almak gerektiği ileri sürülebilir.<sup>61</sup> Buradan varılabilecek olası sonuç, her ne kadar patent isteminde insan EKH'leri elde etmek için embriyonun yok edilmesi gerektiği belirtilmemiş olsa da, patentin teknik öğretisinin bunu şart kıldığı düşünülerek patent hakkı tanınmayacağına ihtimal dahilinde olmasıdır.

İkinci sorun ise bu maddedeki "sınai ve ticari amaçlarla" ifadesiyle ne hedeflendiğidir. Bu tanımlama girişiminde oldukça titiz olunmalıdır. Özellikle ticari ve sınai amacın, araştırma amacından ne ölçüde ayrıldığını belirlemek gerekir. Aynı zamanda embriyonun kullanılma zamanı ile ticari amacın güldüğü anın birbiriyle bağdaştırılıp bağdaştırılamayacağı da açıklığa kavuşturulmalıdır. Buna ek olarak, "ticari" ve "sınai" terimlerinin tekrarlayan ve birçok kez kullanılma anlamını taşıyıp taşımadığı da md.6(2)(c)'nin daya-

61 Bu görüş Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan Kök Hücre Patenti Raporu'nda da savunulmuştur. Buna göre buluşun kapsamı, patent istemine bakarak tespit edilmelidir. Söz konusu raporda belirtilen bu görüşü desteklemek için Avrupa Adalet Divanı'nın 09.10.2001 tarihli Hollanda v. Parlamento ve Konsey kararının 79.paragrafına atıf yapılmıştır. Bu kararda şöyle denilmiştir: "Yönerge sadece (Biyoteknoloji Yönergesi-yazar notu) sadece patent hakkının tanınmasına ilişkindir ve (patent) hakkın tanınmasından önceki ve sonraki faaliyetleri ve patente konu buluşun araştırılması ya da kullanılmasıyla ilgili olup olmadığı hususunu kapsamamaktadır." Bkz.A. Plomer ve diğerleri, Stem Cell Patents: European Patent Law and Ethics Report, Avrupa Komisyonu, 2006, 78, <http://www.nottingham.ac.uk/~llzwww/StemCellProject/project.report.pdf> (Erişim tarihi 01.08.2012)

nak kabul edildiği durumlarda cevaplanması gerekli bir sorudur.<sup>62</sup> Daha önce yaptığımız açıklama ışığında buluşun sadece ve sadece insan embriyosunun doğrudan ticari veya sınai amaçlarla kullanımına ilişkin olması durumunda md.6(2)(c) kapsamında değerlendirme yapılacağını söylemek mümkündür. Buna rağmen ilk hukuki testi geçen buluşun her zaman md.6(1)'e göre patent koruma kapsamı dışında kalma olasılığı bulunmaktadır. Bu noktada Yönerge'nin Başlangıç bölümünün 39.paragrafına atıf yapmak mümkündür.<sup>63</sup> Bu paragrafa göre kamu düzeni ve genel ahlâk kurallarının değerlendirilmesi “her bir üye ülkede kabul edilen ilkelere” göre yapılacaktır. Daha önce de belirtildiği gibi üye ülkelerde kabul gören kamu düzeni ve genel ahlâk kurallarının kapsamının ne olduğu konusunda farklılık bulunmaktadır. Yönerge'nin Başlangıç bölümünün 40.paragrafında ise insan üreme hücre hatlarına müdahelenin ve insanların klonlanmasını içeren buluşların kamu düzenine ve genel ahlâka aykırı olduğu konusunda var olan oybirliğine karşın üye ülkeler nezdinde embriyonun statüsü ve insan yaşamının başlangıç zamanı gibi konularda ortak bir fikrin varlığından söz etmek mümkün değildir.<sup>64</sup> Bu nedenle ülkelerin uygulamasında farklılıklar da olabilecektir.

#### (4) İnsan EKH'leri İçin Embriyoların Üretilmesi

Burada patent korumasına istisna oluşturabilecek husus “yok etmek için üretmek” eyleminden ileri gelmektedir. Bazı embriyolar sadece insan EKH'leri elde etmek için üretilmektedir. Bu durumda asıl sorgulanması gereken SCNT yoluyla elde edilen insan EKH'lerinin durumudur. SCNT ile bir embriyonun üretilmesi sonucu klonlanmış embriyodan insan üretilmesi amaçlanıyorsa kamu düzenine ve genel ahlâka aykırılık söz konusu olabilecektir. Bu teknik, üretmek için klonlama olarak da adlandırılmaktadır. Buna karşın, insan EKH'si elde etmek için SCNT yoluyla insan embriyosu üretiliyorsa bu metoda terapötik klonlama adı verilmektedir. Söz konusu metod ister üretim ister terapötik amaçlı olsun sonuçta bir embriyonun üretimi söz konusudur, dolayısıyla Yönerge md.6(2)'ye aykırılık söz konusu olabilecektir. Yine de

62 Paul Torremans, *Legal Problems Raised by Patents on Human Stem Cell-Based Inventions*, in *Translational Stem Cell Research, Stem Cell Biology and Regenerative Medicine*, (Ed.K.Hug&G. Hermerén),Humana Press 2011, s. 305.

63 Yönergenin Başlangıç kısmı her ne kadar Yönerge hükümleri gibi bağlayıcı olmasa da metnin etkin ve amacına uygun yorumunun yapılması için önem taşımaktadır.

64 Ayrıca bkz: *in vitro* İnsan Embriyosunun Korunması Hakkında Rapor,Biyoeetik İdare Komitesi, CDBI-CO-GT3, Avrupa Konseyi, 19.06.2003, 37, [http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts\\_and\\_documents/CDBI-CO-GT3\(2003\)13E.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/CDBI-CO-GT3(2003)13E.pdf) (Erişim: 02.08.2012).

bu yolla embriyo üretme yöntemi İngiltere’de çok sıkı kurallar altında (arda kalan ya da klonlama sonucu üretilen embriyoların kullanıldığı kök hücre araştırmalarının, çok ciddi hastalıkların tedavisini hedeflemesi gibi) uygulanmaktadır.<sup>65</sup>

Şimdiye kadar tartışılan kamu düzeni ve genel ahlâka aykırılık durumlarının, Yönerge maddelerini ilgili ulusal hukuklarına aktaran üye ülkeler açısından büyük bir sorun yaratmayacağı söylenebilir. Zira kamu düzeni ve genel ahlâk kurallarına aykırılık değerlendirmesi her bir üye ülkenin mahkemesi ve patent ofisi tarafından farklı etik kurallara dayanılarak yapılacaktır. Fakat AB üye ülkeleri ve APK taraf ülkelerinde olan etik kurallardaki farklılık, APO önüne gelen patent başvurularının değerlendirilmesinde sorun yaratabilecektir. İşte bu durum aşağıda tartışılacaktır.

## 6. APK Uygulaması

APO’da insan EKH’lerine ilişkin buluşlara patent verilmesi sırasında hangi kamu düzeni ve genel ahlâk kuralının uygulanması gerektiği sorunu- nu çözmek için patent hukuku doktrininde farklı görüşler ortaya atılmıştır. Torremans tarafından bu görüşler “uç yaklaşımlar” olarak nitelendirilmiştir.<sup>66</sup> İlki, buluşun APK’ya taraf ülkelerden sadece bir tanesinin kamu düzeni ve genel ahlâk kurallarına aykırı olması durumunda patent hakkının tanınmaması gerektiğini savunan görüştür. “Azami yaklaşım” olarak da adlandırılan bu görüşe göre buluşun APK’ya taraf tüm ülkelerin kamu düzeni ve genel ahlâk kurallarıyla uyumlu olması aranmaktadır. Buna karşıt olarak savunulan “asgari yaklaşıma” göre ise buluşun taraf ülkelerden bir tanesinin kamu düzeni ve genel ahlâk kurallarıyla uyum içinde olması yeterli görülmüş ve APO’nun bu durumda etik nedenlerle patent başvurusunu reddetmesinin doğru olmayacağı savunulmuştur. Özellikle insan EKH’lerine ilişkin gelişmelere karşı APK’ya taraf ülkelerdeki farklı ve kimi zaman sınırları tam olarak belirlenemeyen etik yaklaşımların varlığı gözönünde tutulduğunda ikinci yaklaşımı benimsemek daha doğru olacaktır.<sup>67</sup> Bu yaklaşımları bazı noktalarda değiştirerek de uygu-

<sup>65</sup> Porter, yukarıdaki dn. 38, s.24; Isasi&Knoppers, yukarıdaki dn.57, s.46. Hatta Birleşik Krallık’ta SCNT metodu kullanarak insan EKH’leri elde edildiği rapor edilmiştir. *Bkz.* Human ‘Cloning’ makes embryonic stem cells, 05.10.2011, *BBC News Health*, <http://www.bbc.co.uk/news/health-15181015> (Erişim tarihi 28.08.2012).

<sup>66</sup> Torremans, yukarıdaki dn. 62. s.298.

<sup>67</sup> Örneğin Birleşik Krallık, insan EKH’lerine ilişkin buluşlar konusunda genel ahlâk kurallarına ve kamu düzenine ilişkin aşırı kısıtlama getirmeyen ülkelerden bir tanesidir. Torremans, yukarıdaki dn.62’deki makalesinde Joseph Straus’un asgari yaklaşımı savunduğuna değin-

lamak mümkündür. Bir alternatif Schatz tarafından getirilmiştir. Buna göre, insan EKH'lerine ilişkin buluşların taraf ülkelerden bir tanesinin kamu düzeni ve genel ahlâk kurallarına aykırı olması halinde dahi APO'nun ilgili patenti vermeden önce durum hakkında başvurunu bilgilendirmesi gerektiği ve başvuranın söz konusu ülkede koruma talebinden vazgeçerek diğer ülkeler için talebini sürdürmesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>68</sup> Bu yaklaşımın uygulanma olasılığı vardır. Başvuranın APO'nun uyarısı doğrultusunda davranmaması halinde yine patentin verilmesi gerekir; ancak bu durumda başvuranın, patentin kamu düzenine ve genel ahlâk kurallarına aykırı olduğu ülkelerde, APK md.138'de belirtildiği üzere, ulusal mahkemelerce iptal edilmesi riskini göz önünde bulundurması gerekir. Sonuç olarak, bu yönde bir uygulamanın benimsenmesi durumunda APO'nun kamu düzenine ve genel ahlâk kurallarına göre patent incelemesi yapması ikincil derecede önemli olacaktır.

Yukarıda belirtilenlere ek olarak halihazırda APO'nun kamu düzeni ve genel ahlâk kurallarını değerlendirmek için tek tip bir standart getirme isteği ortaya çıkmıştır. Bu söz konusu kuralları tektipleştirmek olarak değil; fakat tüm taraf ülkeler için belli bir eşik sınırın getirilmesi çabası olarak değerlendirilmelidir. Buna göre APO İnceleme Bölümünün patent incelemelerini yaparken göz önünde bulundukları bazı iç düzenlemeler mevcuttur.<sup>69</sup> İnceleme Tüzüğü'ne(Guidelines for Examination in the European Patent Office) göre patent korumasına istisna oluşturan durumların açıklandığı bölümde, APK md.53(a) "seyrek olarak ve aşırı durumlarda" uygulanması gerektiği ifade edilmiştir.<sup>70</sup> Bununla beraber, söz konusu test şu şekilde açıklanmıştır: "Toplumun büyük bir kısmınca buluşun aşırı derecede aykırı olduğunun benimsenmesinin olası bulunduğu hallerde, patent hakkının tanınması mümkün olmamalıdır."<sup>71</sup> Bu test "aşırı derecede aykırılık" (abhorrence) testi olarak adlandırılmaktadır.<sup>72</sup> Bu teste göre patent hakkının tanınmaması için buluşun

---

mektedir: Ethische, rechtliche und wirtschaftliche Probleme des Patent-und Sortenschutzes für die biotechnologische Tierschutzung und Tierproduktion, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht [GRUR], 1990, 913.

68 Ulrich Schatz, Article 53, in European Patent Convention- A Commentary (ed.Margarate Singer&Dieter Stauder), Carl Heymanns, 2003, s.91.

69 Guidelines for Examination in the European Patent Office (APO İnceleme Tüzüğü), Genel Bölüm Para.3.2, 20.06.2012, at <http://www.epo.org/law-practice/legal-texts/guidelines.html>, (Erişim: 20.08.2012).

70 APO İnceleme Tüzüğü, yukarıdaki dn. Part G. Chapter II, para.4.1.

71 Id.

72 Amanda Warren-Jones, Vital Parameters for Patent Morality-A Question of Form, Oxford Journal of Intellectual Property Law&Practice,2007, 835.

hiçbir şekilde kamu düzeni ve genel ahlâk kurallarına uygun olma ihtimalinin bulunmaması gerekmektedir. Buna göre aykırılığı gösteren çok kuvvetli bir kanıt da aranmaktadır, zira bu durumda buluşun hiçbir şekilde gelecekte de patent korunmasından yararlanmaması amaçlanmaktadır. Aksi takdirde bugün kamu düzenine ve genel ahlâka aykırı kabul edilen buluş için aynı durumun birkaç yıl sonra geçerli olmaması, adil olmayan bir sonuç yaratacaktır.<sup>73</sup>

Diğer test ise dengeleme testidir. (balancing approach) Bu testte kamu düzenine ve genel ahlâka aykırılık çok aşırı derecede olmadığı zaman farklı çıkar ve amaçlar arasında dengeleme gerekliliği ortaya konulmaktadır.<sup>74</sup> Bu testi açıklamak için testin uygulandığı APO yargılamasından bahsetmek yerinde olacaktır. Biyoteknoloji Yönergesi ile ilgili açıklamalar sırasında Harvard Oncomouse patentinden kısaca bahsetmiştik. Teknik Temyiz Kurulu kararında “hayvanların eziyet çekmesi ve çevreye zarar gibi diğer faktörlerin göz önüne alınması gerektiğini” belirtmiştir.<sup>75</sup> Bu kararın sonucunda İnceleme Kurulu, söz konusu dengeleme yoluna giderek buluşa patent hakkı tanınması yönünde karar vermiştir. Daha sonra APO İtiraz Bölümü (Opposition Division) nezdinde birçok sebeple patente karşı çıkmıştır. İtiraz Bölümü özellikle kararında md.53(a) üzerinde durmuştur. İtiraz Bölümü tarafından kararın verildiği tarihten önce Biyoteknoloji Yönergesi md.6(2)(d) APK Uygulama Kurallarına dahil edilmiştir.(Kural 28(d)). İtiraz Bölümü, Teknik Temyiz Kurulu’nca yukarıda belirtilen kararda uygulanan dengeleme testini kararında benimsemiştir.<sup>76</sup> Söz konusu kararı genel olarak ifade etmek gerekirse, kanser alanında yapılan araştırmalar ve çözülmesi gereken problemin ciddiyeti göz önüne alındığında esaslı olarak tıp bilimine iyiniyetli bir katkının söz konusu olabileceği ve dolayısıyla Kural 23d(d) (Şimdiki Kural 28(d))’ye göre patente konu olan hayvanların patentlenmesini yasaklayan bir durumun olmadığı ileri sürülmüştür.<sup>77</sup> Bu karar tekrar Teknik Temyiz Kurulu’nun önüne gelmiş ve kararında İtiraz Bölümü’nün dengeleme testini onaylamıştır.<sup>78</sup> Buna ek olarak, APK Uygulama Kuralı 23d(d)’nin sadece, hayvanlara eziyet edilmesi gerçeği ile insana veya hayvana tıbbi olarak getirdiği fayda arasında bir dengeleme

73 Amanda Warren-Jones, Finding a “Common Morality Codex” for Biotech-A Question of Substance, IIC Dergisi, 2008, s.652.

74 Warren Jones, yukarıdaki dn.72, s.835

75 T 19/90, Oncomouse/HARVARD (Teknik Temyiz Kurulu Kararı) APO Resmi Gazetesi, 12/1990 Karar para.5, s.490.

76 Oncomouse/HARVARD, İtiraz Bölümü Kararı, 07.11.2001, EPO Resmi Gazetesi 10/2003, s.502.

77 Id.para.9.5, 504.

78 T 315/03, APO Teknik Temyiz Kurulu Kararı, 06.07.2004, APO Resmi Gazetesi 1/2006, s.15.

yapılması amacını güttüğü belirtilmektedir. Buradan anlaşılmaktadır ki yapılacak dengeleme testiyle Kural 28(d)'nin ötesinde başka çıkarların da dengelemesi mümkündür.

Bize göre, genel olarak benimsenmesi gereken test ilk olarak değindiğimiz aşırı derecede aykırılık testi olmalıdır. Zira başka çıkar, amaç ve yararlarla dengeleme testine tâbi olabilen kamu düzeni ve genel ahlâk kuralları yeteri kadar güçlü olamayacaktır, diğer bir ifadeyle çürütmeye açıktır. Bu durumda yeteri kadar güçlü olmayan kamu düzeni ve genel ahlâk kurallarına dayanarak bir buluşun patentten yararlanmasını engellemek doğru bir tutum olmayacaktır.<sup>79</sup> Ayrıca buluşların bazı olası yarar ve risklerinin farklı kriterler yoluyla dengelendiği bir patent incelemesi sonucunda kimya, ilaç ve askeri alanlardaki buluşlardan büyük bir kısmının patent korumasından faydalanamaması tehlikesi vardır.<sup>80</sup> İnsan EKH'lerine ilişkin buluşlar için yapılan patent başvurularının incelenmesinde de dengeleme yöntemi uygun değildir. Zira kısa bir süre için dengelenecek unsurlara bakmak gerekirse; bir tarafta insanların Parkinson, Alzheimer, diyabet ve kanser gibi ciddi hastalıkların tedavisi için gerekli ilaçların geliştirilmesi ve bilimsel araştırmaların sürdürülmesine olan katkı diğer tarafta ise insanın metalaşması, yaşam hakkının ihlali gibi tezler mevcuttur. Düşünüldüğünde her iki kefedeki unsurların dengelenmesi faaliyetinin sonucu aynı toplum içerisinde her bir grubun kendi bakış açısına göre değişiklik gösterecektir ve dolayısıyla zordur. Bu durumda insan EKH'lerine ilişkin buluşların değerlendirilmesinde aşırı derecede aykırılık testi uygulanmalıdır ve kamu düzeni ile genel ahlâka aykırılık temelli görüşler sağlam kanıtlarla desteklenmelidir. Zira kök hücre bilimi henüz tam olarak aydınlığa kavuşmamış alanlara sahip, gelişmekte olan bir bilim dalıdır. Bu türden ilerlemekte olan bir bilim dalına karşı oluşturulacak görüşler yeteri kadar olgunlaşmış ve kuvvetli olamazlar. Bu nedenle herhangi bir dengeleme çabasına girildiğinde ortaya çıkan sonuçlar başabaş durumda ve faydasız olacaktır.

Buraya kadar mevcut olan kanun ve kuralların olası yorumu ortaya konduktan sonra uygulamada konunun nasıl değerlendirildiğine yargı kararları ışığında değinilecektir.

79 “İtiraz edenin ileri derecedeki yaşam formlarının patentlenmesinin ilkesel olarak etik olmadığına ilişkin ilk görüşü bu yöndeki mutlak ahlâk kurallarının yokluğunda kabul edilmesi gereken felsefi nitelikte bir görüş olarak değerlendirilecektir.”Greenpeace UK V. Plant Genetic Systems N.V., APO İtiraz Bölümü Kararı para.3.16 IIC Dergisi, 1992, s.624.

80 Straus, yukarıdaki dn.37. s.27



## VI. APO Kararları

### 1. University of Edinburgh Kararı

Edinburgh Üniversitesi, 21.04.1994 tarihinde APO'ya patent başvurusunda bulunmuştur. Söz konusu patent istemi hayvan kök hücrelerinin izole edilmesi ve/veya zenginleştirilmesi ve/ veya seçici olarak yaygınlaştırılması için seçilebilir bir işaretleyicinin kullanılması" na ilişkindir.<sup>81</sup> Patent APO tarafından 06.12.1999 tarihinde verilmiş; ancak söz konusu patent birçok kez itiraz konusu yapılmıştır. İtiraz edenlerin özellikle üzerinde durdukları konu istemdeki "hayvan" ifadesinin kök hücrelerin kaynağı olarak değerlendirildiğinde insanları da kapsayıp kapsamayacağıdır. Çünkü her ne kadar patente ulaşmak için yapılan araştırmada fare kullanılmış olsa da, patent istemi insan EKH'lerini de kapsayacak şekilde kaleme alınmıştır. Porter'dan öğrendiğimize göre bu karar insan EKH'lerine ilişkin APO'nun ele aldığı ilk karardır.<sup>82</sup> İtiraz Bölümü, istemlerin değiştirilmesi yoluyla patentin verilmesine hükmetmiştir.<sup>83</sup> Patent başvurusunda yapılan değişikliklerle insan veya hayvan EKH'lerinin patent kapsamının dışında tutulması; ancak kök hücrelerin tek başına istemde muhafaza edilmesi sonucu ortaya çıkmıştır.

Bu karar verilmeden önce Avrupa Komisyonu'na verilen Bilimde ve Yeni Teknolojilerde Etik Avrupa Grubu'nun 16.görüşü, Biyoteknoloji Yönergesi'nin 7.maddesine göre yayımlanmıştır.<sup>84</sup> 16.Görüşe göre "...kaynakları ne olursa olsun, patentlenebilirlik şartlarını taşıdıktan sonra, insan kök hücrelerini içeren yöntemlerin patentlenmesine etik temelli bir engel bulunmamaktadır."<sup>85</sup> Etik Grubu'nun kararıyla çelişmesine rağmen İtiraz Bölümü'nün söz konusu kararı Avrupa Parlamentosu'ndan destek almıştır. Buna göre, "Yönerge md. 6(2)(c)'ye göre embriyonik kök hücrelerin elde edilmesi için embriyoların yok edildiği ve embriyoları yok eden veya ticari veya sınai amaçla kullanan teknolojiler patent koruması kapsamı dışındadır."<sup>86</sup> Belirtmek gerekir ki bah-

81 EP 0695351 B1, APO Espacenet, <http://worldwide.espacenet.com> (Erişim: 05.08.2012)

82 Porter, yukarıdaki dn.38., s.25.

83 EP 0695351 B1, İtiraz Kurulu kararı, 21.03.2003.

84 Madde 7: Bilim ve Yeni Teknolojilerde Etik Grubu biyoteknolojiye ilişkin tüm etik boyutların değerlendirilmesini yapar.

85 Opinion of the European Group on Ethics in Science and New Technologies to the European Commission 16, Ethical Aspects of Patenting Inventions Involving Human Stem Cells, 07.05.2002,para.2-3. [http://ec.europa.eu/bepa/european-group-ethics/docs/avis16\\_complet\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/bepa/european-group-ethics/docs/avis16_complet_en.pdf) (Erişim: 05.08.2012)

86 European Parliament Resolution on *Patents for Biotechnological Inventions*. P6\_TA(2005)0407, para.I, 26.10.2005.



sedilen bu açıklamaların hiçbirinin APO üzerinde bağlayıcılığı yoktur. Bu tür değişik görüşlerin varlığı bu konudaki fikir farklılıklarını ve uzlaşi eksikliğini göstermektedir. Edinburgh Kararı'nın APO'nun daha sonra verdiği kararlara yol gösterici tarafı olmuştur. Aşağıda APO'nun konuya ilişkin gelişmelerin seyrini etkileyen oldukça önemli bir kararına değinilecektir.

### 7. WARF (Wisconsin Alumni Research Foundation) kararı<sup>87</sup>

Kararın ayrıntısına girmeden önce söz konusu patentin konusunu belirtmek gerekirse, “Bir yıl boyunca *in vitro* saklandıktan sonra niteliklerini kaybetmeyen insan EKH'leri içeren hücre kültürü” için patent başvurusu yapılmıştır.<sup>88</sup>

İnceleme Bölümü, APK md.53(a) ve Kural 23d(c)(Şimdi 28(c))'ye göre insan embriyosunun yok edilmesini içeren bir patentin kamu düzeni ve genel ahlâk kurallarına aykırı olacağı düşüncesiyle WARF'ın patent başvurusunu reddetmiştir. WARF söz konusu kararı APK md.112 uyarınca temyiz etmiş ve sonucunda Teknik Temyiz Kurulu, Büyük Temyiz Kurulu'na (Enlarged Board of Appeal) biri usûle ilişkin olmak üzere dört soru sormuştur. Usûle ilişkin soru üzerinde bu konu kapsamında durulmasına gerek bulunmamaktadır. Buna göre ilk soru, insan EKH'leri elde etmek için insan embriyolarının yok edildiğini içeren yöntemler patent isteminde belirtilmese bile insan embriyosu hücre kültürlerinin patente konu olup olamayacağı hususudur. İkinci soru, söz konusu olayda sadece APK md.53(a)'nın uygulanma imkanına ilişkindir. Büyük Temyiz Kurulu bu soruyu, Kural 28(c)'nin md.53(a) kapsamında olduğunu daha önce belirttiğinden cevaplama gereği duymamıştır. Son soru ise patent başvurusunun yapıldığı tarihten sonra insan EKH'leri elde etmek için ortaya çıkan yeni yöntemlerin patent başvurusunun değerlendirilmesinde ne derece önemli olduğuyla ilgilidir.

İlk soruya ilişkin daha ayrıntılı bilgi vermek gerekirse başvuruda yer alan istemler teknik alandaki bir uzmanı insan embriyolarının kullanılması konusunda yönlendirmemektedir. WARF da temyizini yaparken buluşun insan EKH'lerini içeren hücre kültürü olduğunu ve özellikle bu kültürlerin elde edilmesi için insan embriyosunun yok edilmesinin şart olmadığını belirtmiştir.<sup>89</sup> WARF'ın bu görüşteki dayanak noktası APK md.84 olmuştur. Buna göre koruma konusu istemde yer almaktadır ve istem, buluşun sınırları-

<sup>87</sup> G 2/06, Use of Embryos/WARF, 25.11.2008, APO Resmi Gazetesi sayı 5/2009, s.306-332.

<sup>88</sup> Avrupa Patent Başvurusu No: 96903 521.1, EP Nr.0770125.

<sup>89</sup> T 1374/04, Stem Cells/WARF, 07.04.2006, APO Resmi Gazete 05/2007, s 313-343.

nı ortaya koymaktadır. Buna karşılık Büyük Temyiz Kurulu embriyonun kasıtlı olarak yasa metninde tanımlanmadığını belirttikten sonra Alman ve Birleşik Krallık hukukundan embriyo tanımı ile ilgili somut örnekler vermiştir.<sup>90</sup> Kurul tek bir embriyo tanımı ve algılamasını kabul etmemektedir. Böylece amaç ortaya çıkabilecek tüm embriyo tanımlarını kapsayacak şekilde istisnanın kapsamını olabildiğince geniş tutmaktır.<sup>91</sup> Sonuç olarak, Kurula göre her bir patent başvurusunun özelinde, embriyo olarak kabul edilebilecek bir unsurun var olup olmadığının değerlendirmesi yapılacaktır.<sup>92</sup> Aynı şekilde Kurul geniş yorum tutumunu, buluş kavramına olan yaklaşımında da sürdürmüştür. Ona göre buluşun kapsamı sadece istemde belirtilenlerle sınırlı olmadan bütün teknik öğreti ve ilgili teknolojiyle birlikte düşünülmelidir. Kurul, patent için yapılan başvuru tarihinde, başvurunun bütününde belirtildiği şekilde, daha önceden ana rahmine yerleştirilmeye hazır olan yedek embriyoların yok edilmesini takip eden bir yöntemin var olduğunu, dolayısıyla insan embriyolarının “kullanıldığı”nı kabul etmiştir.<sup>93</sup>

Bir sonraki aşama söz konusu “kullanımın” ticari veya sınai amaçlarla olup olmadığına ilişkindir. Büyük Temyiz Kurulu’nun görüşü de bu amacın var olduğu yönündedir. Zira patentin ilişkili olduğu ürünün kullanılması ve ticarileştirilmesi için öncelikle üretilmesi gerekmektedir. Bu yönde bir üretim ise, tanınan patent korumasının sağladığı münhasır hakkın kapsamı içinde görülmektedir. Bu şekilde istemde belirtilen ürünü üretmek ticari ve sınai kullanımına eşdeğerdir. Böylece embriyoların yok edilmesi yoluyla kullanılması da buluşun sınai ve ticari kullanımının bir parçası olarak görülmektedir.<sup>94</sup>

Buraya kadar Kurul tarafından yapılan tespitleri yorumlamak gerekirse öncelikle buluşun kapsamı konusunda bize göre Kurul yanılmıştır. Zira insan EKH’lerinin elde edilme yöntemi davaya konu patent istemlerinde yer almaktadır ve böylece münhasır hakkın insan embriyolarını yok eden yöntem üzerinde elde edilmek istenmediği açıktır. Ayrıca ürünün üretilmesinin sadece ve sadece ticari ve sınai bir amacının olduğunun kabulü araştırma amaçlı yapılan üretimleri gözardı etmektedir. Torremans’a göre de, buluşun üretimi sırasında her sefer insan embriyosunun tekrar eden şekilde kullanılması gerekmediğinden ticari ve sınai amaçlarla embriyo kullanımının söz konusu olmadığına işaret edilmiştir.<sup>95</sup>

90 Yukarıdaki dn.58-59’de belirtilen kanunlarda tanımın nasıl yapıldığına yer verilmiştir.

91 Pierre Treichel, G 2/06 and the Verdict of Immorality, IIC Dergisi 2009, s.459.

92 G 2/06, yukarıdaki dn.87., para.20

93 Id.

94 G 2/06, yukarıdaki dn.87. para.25.

95 Torremans, yukarıdaki dn.62, s.301.

Konunun bir başka önemli boyutu da patent başvurusunun yapıldığı tarihten sonraki teknolojide meydana gelen gelişmeler sonucunda, artık insan EKH'lerinin üretiminde insan embriyolarının yok edilmesini gerektirmeyen yöntemlerin bulunmasının patentin geçerliliğini nasıl etkileyeceği hususuna ilişkindir. Gerçekten daha önce de belirttiğimiz iPKH teknolojisi gibi yöntemlerle embriyo kökenli olmayan insan EKH'si üretimi yapılması artık mümkün hâle gelmiştir. Buna karşın Büyük Temyiz Kurulu'na göre patent başvuru tarihinden değerlendirmenin yapıldığı güne kadar teknikte meydana gelen gelişmeler gözönünde bulundurulmamalıdır. Başvuru tarihinde sadece embriyoların yok edilmesi yoluyla üretim mevcutsa ve başvuran da başka üretim yollarından haberdar değilse bunun sonucu olan insan EKH'lerine ilişkin buluşlar patent korumasından faydalanamayacaktır. Büyük Temyiz Kurulu, buluşun yetersiz olarak açıklandığını ve teknik alanda uzman kişinin buluşu uygulayamayacağını belirtmiştir. Büyük Temyiz Kurulun bu görüşüne katılmıyoruz. Çünkü embriyoların yok edilmesi hususu başvuruda belirtilmemiş olsa da her zaman teknik alandaki uzman kişi hücre bankalarından elde edilen insan EKH'lerinin kullanılabilmesi gerçeğinin farkındadır.<sup>96</sup>

Büyük Temyiz Kurulu'nun kararının bu makale konusu hakkındaki güncel tartışmaya etkisi oldukça büyüktür. G 2/06 kararı ile ulaşılan sonuçlar APK Patent İncelemesi Tüzüğünde değişikliğe gidilmesine yol açmıştır. 20.06.2012'de yürürlüğe giren bu değişikliklerde açıkça karara atıfta bulunulmaktadır.<sup>97</sup> Tüzüğe göre de, insan embriyolarının yok edilmesini gerektiren bir buluşun Kural 28(c)'ye göre patent kapsamının dışında kalıp kalmadığı patentin tüm öğretisi ve tarifnamesinde yapılan açıklama da göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir.

Sonuç olarak, bize göre Büyük Temyiz Kurulu'nun kararı, buluşa kadar olan tüm yöntem ve araçlara bakarak bir değerlendirme yaptığı için hatalıdır; çünkü buluşun tekniğin bilinen durumuna katkısı hücre kültürünün bir yıl boyunca değişmeden muhafaza edilmesinden ileri gelmektedir. İnsan embriyolarının yok edilmesi yönteminin istemde değil fakat tarifnamede belirtilmesi, teknolojideki gelişmelerden kaynaklanan buluşun elde edilmesindeki

<sup>96</sup> UK IPO, *Practice Notice, Inventions Involving Human Embryonic Stem Cells*, 03.02.2009, <http://www.ipo.gov.uk/pro-types/pro-patent/p-law/p-pn/p-pn-stemcells-20090203.htm>.; Kathleen Liddell, *Immortality and Patents: The Exclusion of Inventions Contrary to Ordre Public and Morality in New Frontiers in the Philosophy of Intellectual Property*, (ed. Annabelle Lever), s.168

<sup>97</sup> Examination Guidelines, yukarıdaki dn.69 Part G Ch.II, s. 15.

esneklikten başvuranın faydalanma amacıyla açıklanabilir. Özellikle bu görüş insan EKH'lerine ilişkin teknolojideki hızlı değişim ve araştırma hızı dikkate alındığında daha büyük dikkati hak etmektedir.

## VII. Dr. Brüstle Patenti

### 1. Avrupa Adalet Divanı Kararı

Bonn Üniversitesi'nden Dr. Oliver Brüstle, 19.02.1997 tarihinde Alman Patent Ofisi'ne yaptığı başvuru sonrasında 29.04.1999 tarihinde buluşu için Alman patentini almıştır. Başvuruda ürün ve yöntem istemleri yer almaktadır. Şöyle ki patent başvurusu, arındırılmış ve izole edilmiş nöral prekürsor hücreler ve bunların elde edilmeleri ve bu hücrelerin beyin kusurlarının tedavisinde kullanımı yöntemine ilişkindir.<sup>98</sup> Patent hakkının verilmesinden sonra Greenpeace adlı sivil toplum örgütü patentin kamu düzeni ve genel ahlâk kurallarına aykırı olduğunu ileri sürerek patentin iptalini istemişlerdir. Alman Patent Mahkemesi (BPatG) istemde yer alan prekürsor hücrelerle ve bu hücrelerin insan EKH'lerinden üretilmesiyle ilgili kısımları iptal etmiştir.<sup>99</sup> BPatG kararını Alman Patent Kanunu'nun 2(2) maddesinin ilk cümlesinin 3.bendine dayandırmıştır. Bu kanun hükmünün ifadesi Biyoteknoloji Yönergesi md.6(2) (c) ile aynıdır. Söz konusu karar Dr. Brüstle tarafından Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nde (BGH) temyiz edilmiştir.<sup>100</sup> BGH konuyla ilgili Biyoteknoloji Yönergesi'nin yorumlanması için Avrupa Adalet Divanı'ndan ön karar talebinde bulunarak cevaplanması için üç soru yönelmiştir.

İlk soruda Avrupa Adalet Divanı'ndan insan embriyosundan ne anlaşılması gerektiği, bazı organizmaların bu kavramın kapsamına girip girmediği ve blastokist aşamada olan insan embriyosundan elde edilen kök hücrelerin de embriyo olarak değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığının açıklanması istenmiştir. İkinci soru "embriyonun sınai ve ticari amaçlarla kullanımı" ifadesiyle ne anlaşılmalı gerektiğine ilişkindir. Son soru ise her ne kadar insan embriyosunun kullanımı patentin öğretilerinde yer almasa da istemde yer alan ürün, insan embriyosunun yok edilmesini gerekli kılıyor veya elde edilen ürün

<sup>98</sup> Patent hakkında daha ayrıntılı bilgi için: DE 19756864 C1 <http://worldwide.espacenet.com> (Erişim: 07.08.2012)

<sup>99</sup> Bundespatentgericht [BPatGe] [Federal Patent Mahkemesi], 05.12.2006, 3 Ni 42/04 Entscheidungen des Bundespatentgerichts, <http://juris.bundespatentgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bpatg&Art=en&sid=4a1507d5607316a98e6917355c8afd62&nr=1909&pos=7&anz=12&Blank=1.pdf> (Erişim:05.08.2012).

<sup>100</sup> Bundesgerichtshof [BGH], 17.12.2009, Dosya No: Xa ZR 58/07 (çeviri Christopher Heath, IIC Dergisi, 2010, s.853).

istemde yer alan yöntemin gerçekleştirilmesi için başlangıç malzemesi olarak gerekiyorsa buluşun Yönerge md.6(2)(c) kapsamında patentlenebilir olup olmadığına ilişkindir.

Avrupa Adalet Divanı'ndan cevaplanması beklenen yukarıda genel hatlarıyla belirtilen bu soruların ilkinine ilişkin açıklamalar yapacak olur isek, Divan AB genelinde geçerli olabilecek ortak bir “insan embriyosu” tanımı yapma girişiminde bulunmuştur. Bu yönde bir girişimin, Biyoteknoloji Yönergesi'nin Avrupa uygulamasında uyumlaştırma amacına uygun düşeceği düşünülmüştür.<sup>101</sup> Ayrıca insan embriyosunun bir tanımının bulunmamasının aynı buluşun farklı ülkelerde patentlenmesi hususunda farklı sonuçları doğuracağı belirtilmiştir. Sonuç olarak Adalet Divanı oldukça geniş kapsamlı bir embriyo tanımı yapmıştır. Buna göre insan embriyosu döllenme aşamasından ilk totipotent hücrelere ve buradan itibaren ilerleyen, insanın oluşumunu ve gelişimine kadar uzanan bir yelpazeyi kapsamaktadır.<sup>102</sup> Tanımdaki kapsam genişliği, tanımın biyolojik gelişimin farklı noktalarını kapsamamasından ileri gelmektedir. Adalet Divanı'nın tespitinin aksine bilimsel çevrelerde embriyonun tanımı konusunda bir uzlaşma bulunmamaktadır.<sup>103</sup>

Avrupa Adalet Divanı'nın embriyo tanımı yukarıdakiyle sınırlı kalmaktadır. Ayrıca “olgun insan hücresi çekirdeğinin eklendiği döllenmemiş ovüller ve partenogenez yoluyla bölünmesi hızlandırılan döllenmemiş ovüller” de insan embriyosu olarak kabul edilmektedir.<sup>104</sup> Burada Divan, “bir hücrenin insanı oluşturacak şekilde gelişme sürecine girebilme yetkinliği üzerinde” durmaktadır. İnsan EKH'lerinin insanı oluşturma yetkinliğine sahip olup olmadığını tespit etmek için *in vitro* deneyler ya da *in vivo* hayvanlar üzerinde

<sup>101</sup> C 34/10, Oliver Brüstle v. Greenpeace e.V., Avrupa Adalet Divanı Büyük Daire, 18.10.2011 CURIA. para.26-27. Buna karşın Biyoteknoloji Yönergesi'nin Başlangıç Bölümü'nün 8.parağrafına göre bu şekilde ortak bir tanıma uygun bir ortamın bulunmadığı belirtilmiştir. Zira bu paragrafta “Biyoteknolojik buluşların korunması ulusal patent hukuku kurallarının yerini alabilecek başka hukuki kurallar yapısını gerektirmediği” ifadesi yer almaktadır. Bu düşünce için bkz. Aurora Plomer, After Brüstle: EU Accession to the ECHR and the Future of European Patent Law, Queen Mary Journal of Intellectual Property, 2012, s.125.

<sup>102</sup> C-34/10, yukarıdaki dn.101, para.35.

<sup>103</sup> Bilimsel literatürde embriyonun, gebelik döneminin 8 haftadan daha önceki dönemdeki oluşum olduğu konusunda görüş birliği mevcuttur... Buna rağmen biyolojik gelişimin hangi noktalarının embriyo kavramını karşılayacağı konusunda ise görüş farklılığı bulunmaktadır. Australian Government National Health and Medical Research Council, Human Embryo-A Biological Definition (Discussion Paper) <http://www.nhmrc.gov.au/files/nhmrc/file/research/embryos/reports/humanembryo.pdf> (08.08.2012).

<sup>104</sup> C-34/10, yukarıdaki dn.101, para.36.

araştırma yapılmalıdır. Bu deneylerin bazılarında insan EKH'lerinin primat blastokistlere yerleştirilmesi gerekmektedir. Bu tür deneysel faaliyetler ulusal ve uluslararası seviyede bazı düzenlemeler tarafından yasaklanmıştır.<sup>105</sup>

Divan, insan embriyosunun blastokist evresinde elde edilen kök hücrelerin, insan embriyosu olup olmadığının değerlendirilmesi görevini BGH'ye diğer bir ifadeyle ulusal mahkemelere bırakmıştır. Divan, burada totipotent ve pluripotent hücreler arasındaki insan oluşturma yetkinliğine ilişkin farka tereddütlü yaklaşmıştır. Buna rağmen Divana gelmeden önce dava hakkında görüşlerini açıklayan Divanın Hukuk Sözcüsü (Advocate General) patentte açıklanan insan EKH'lerinin insan embriyosu olmadıklarına; çnkü pluripotent EKH'lerin insanı oluşturma yetkinliğinin bulunmadığına işaret etmiştir. Bu noktanın Hukuk Sözcüsünün görüşüyle<sup>106</sup> Divan kararının birbirinden ayrıldığı tek nokta olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Divanı'n BGH'nin ikinci sorusuyla ilgili yaptığı değerlendirme üzerinde de durulmalıdır. İnsan embriyolarının bilimsel araştırma amacıyla kullanılması, Yönerge md.6(2)(c)'deki sınai ve ticari amaçlarla kullanımın kapsamı içine girmektedir.<sup>107</sup> Divan'a göre bilimsel araştırma için insan embriyolarının kullanımı patentin konusunu oluşturuyorsa, bilimsel araştırma amacı ile sınai ve ticari amacın birbirinden ayrılması mümkün değildir.<sup>108</sup> Bu görüşünü desteklemek için Divan, Yönerge Başlangıç Bölümü'nün 14.paragrafına gönderme yapmaktadır. Buna göre patent başvurusunun kural olarak buluşu ticari ve sınai amaçlarla kullanma amacını da beraberinde taşıdığı ifade edilmektedir. Bize göre Adalet Divanı, Yönerge md.6(2)(c)'de bulunan istisnanın temelini oluşturan sınai ve ticari amaçlar ile genel patentlenebilirlik şartı olan sanayiye uygulanabilirlik şartı arasında ayırım yapmamaktadır. Buna göre APK md.57'ye göre, bir buluşa patent verilebilmesi için onun sanayiye uygulanabilir olması koşulu aranırken, Yönerge md.6(2)(c)'nin amacı, insan embriyolarının hangi biçimde kullanılmayacağını ortaya koymaktır.

Divan kararında BGH'nin üçüncü sorusuna verilen cevap oldukça önemlidir. Divan'a göre, insan embriyolarında pluripotent insan EKH'leri

105 Katja Triller Vrtovec & Christopher Thomas Scott, *The European Court of Justice Ruling in Brüstle v. Greenpeace: The Impacts on Patenting of Human Induced Pluripotent Stem Cells in Europe*, Cell Stem Cell Dergisi, 2011, s. 503.

106 Opinion of Advocate General Bot, Case 34/10 Oliver Brüstle v. Greenpeace eV. CJEU 10.03.2011.

107 C-34/10 yukarıdaki dn.101 para.46

108 C-34/10 yukarıdaki dn.101 para.43.

elde edilmesi ne istemde ne de tarifnamede belirtilmiş olsa da buluşun patentlenemeyeceğinin altı çizilmiştir. Bu noktada WARF kararına ilişkin eleştirilerimizi yinelemekle yetinirken söz konusu davanın WARF kararından ayrıldığı yönleri de ortaya koymakta fayda vardır. WARF kararında başvuru tarihinde istemde yer almamış olsa da münhasıran insan embriyosunun yok edilmesini içeren bir yöntemle buluşun elde edildiği ve buluşun patentlenemeyeceği belirtilmiştir.<sup>109</sup> Buna rağmen Brüstle patent isteminde nöral prekürsör hücreler yer almış ve bunların elde edilmesi yönteminden ve de insan embriyolarının yok edilmesinden hiçbir şekilde söz edilmemiştir. Zira teknik alanda uzman kişi, söz konusu buluşa kök hücre bankalarında yer alan hücre hatlarını kullanarak erişebiliyorsa, patent isteminde nöral prekürsör hücrelerin üretilmesi için insan EKH'lerinin nasıl elde edildiğine yer verilmesine gerek bulunmamaktadır.<sup>110</sup> Bize göre, bir buluşun elde edilmesinde rol oynayan temel malzemenin sadece genel ahlâk kurallarına aykırılığını ileri sürerek, meydana geldiği zaman, bunu yapan kişi, istemde yer alıp almadığı gibi hususları gözetmeksizin hatta bu alanı düzenleyen kurallara uygun olarak buluş elde edilmiş olsa bile, buluşu patent koruması dışında tutmak adil bir sonuç yaratmamaktadır.<sup>111</sup>

## 8. BGH'nın Kararı

Adalet Divanı'nın ön kararından sonra artık Dr.Brüstle patenti davasıyla ilgili son tespitler davaya bakmakla yükümlü olan BGH'nın 27.11.2012 tarihli kararında yer almaktadır.<sup>112</sup> Mahkeme bu kararında, söz konusu patentin

<sup>109</sup> G 2/06 yukarıda dn.87 para.15.

<sup>110</sup> W.Cornish et al., Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, Sweet&Maxwell, 2010, para.21-24 s.946

<sup>111</sup> Alman Kök Hücre Kanunu'na göre kural olarak insan EKH'lerinin herhangi bir şekilde kullanımı ve ithalatı yasaktır. Buna rağmen, araştırma amacıyla ithal edilmiş insan EKH hatlarının kullanımı bazı şartlar altında resmi kuruluştan izin alınması yoluyla mümkündür. İthal edilmiş insan EKH hatları için gereken şart, bunların *in vitro doğum tedavisi yöntemi sırasında üretilen ve arda kalan embriyolardan elde edilmesi ve bunun 1 Mayıs 2007 tarihinden önce gerçekleşmesidir*. Dr. Brüstle'nin buluşunu elde ederken kullandığı İsrail'deki hücre bankalarından ithal edilen kök hücrelerin kullanımı bu kanuna aykırı bir durum yaratmamaktadır.Stammzellgesetz [StZG, Stem Cell Act], Bundesgesetzblatt Jahrgang 2002, Teil I, Nr.42, s.2277, Temmuz 2002, 14.08.2008 değişiklik yapılmıştır. Fuat S. Oduncu'nun İngilizce çeviri için bkz Oduncu, Stem Cell Research in Germany: Ethics of Healing vs. Human Dignity, Medicine, Health Care and Philosophy, 2003, s.12

<sup>112</sup> Bundesgerichtshof [Alman Federal Yüksek Mahkemesi], Dosya No: X ZR 58/07, 27.11.2012.<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=142081acd8794957c933811450c7f394&nr=62892&pos=17&anz=23> (Erişim tarihi: 29.04.2013)



teknik öğretisinin, başlangıç malzemesi olarak insan embriyolarının kullanılmasını veya yok edilmesini gerektirdiğinde buluşun, patent korumasından faydalanamayacağını belirtmiştir.<sup>113</sup> Buna rağmen insan EKH'lerinin elde edilmesinde başka yöntemler kullanıldığı zaman patent hakkının korunması gerekliliğine işaret edilmiştir.<sup>114</sup> Bu noktada patent başvurusuna embriyoların yok edilmesi yoluyla elde edilen insan EKH'leri ile buluşun gerçekleştirilmeyeceğine dair bir ek bilgi (disclaimer) konulması gerekmektedir.<sup>115</sup> Ayrıca insan embriyolarının yok edilmeden insan EKH'lerini üretme yöntemlerinin de tekniğin bilinen durumunda mevcut olması gerekmektedir; ancak patent başvurusu yapıldığı sırada bu tür yöntemlerin varlığı ve patente başvuran kişinin kısa bir şekilde insan EKH'lerinin, embriyoların yok edilmeden nasıl elde edileceğine ilişkin bir açıklama yapması başvuru tarihinde yöntemin somut olarak mevcudiyeti ortaya konmasa da yeterli olacaktır.<sup>116</sup> İnsan embriyolarının yok edilmeden insan EKH'lerinin sağlanmasını mümkün kılan 2009 tarihli bir yayına Mahkeme tarafından atıfta bulunulmuştur.<sup>117</sup> Buna ek olarak BGH tarafından da patent isteminin teknik alanda uzman kişi tarafından uygulanabilecek biçimde yeterli olarak açıklandığına dikkat çekilmiştir.<sup>118</sup> Bununla beraber patent tarifnamesinde insan EKH'lerinin embriyonik gamet hücrelerden elde edilebileceği belirtildiğinden, buluşun embriyoların yok edilmeden uygulanmasının mümkün olduğu gösterilmiştir.<sup>119</sup>

BGH ayrıca embriyo kavramı ile ilgili tespitlerde de bulunmuştur. BGH, Adalet Divanı'nın embriyo tanımında esas aldığı "insana dönüşme sürecine başlama yetkinliği" kriterinden<sup>120</sup> yola çıkarak artık insana dönüşme süreci yarıda kesilen embriyolardan insan EKH'leri elde edilmesini PatG Md.2(2) bent 3 kapsamında "embriyoların kullanılması" olarak değerlendirmemiştir.<sup>121</sup> Yukarıda da belirttiğimiz üzere Divan, blastokist aşamada olan embriyodan elde edilen insan EKH'lerinin embriyo olarak kabul edilip edilmeyeceği hususunu BGH'ya bırakmıştır. BGH bu hususta blastokist evrede olan embriyolardan elde edilen kök hücrelerin "insana dönüşme sürecine başlama yetkinliğine"

---

113 BGH Kararı yukarıdaki dn.112, para.13.

114 Id. para.15.

115 Id. para.32.

116 Id. para.33.

117 Id. para.34.

118 Id. para.25.

119 Id. para.26.

120 C-34/10, yukarıdaki dn.101 para.35.

121 BGH Kararı, yukarıdaki dn.112, para.35.



sahip olmadıklarına dikkat çekmiştir.<sup>122</sup> Özellikle altı çizilmelidir ki embriyoları yok etmeden elde edilen insan EKH'lerinin de embriyo kapsamında değerlendirilemeyecekleri belirtilmiştir.<sup>123</sup> Zira bu embriyolar insana dönüşme sürecine başlama yetkinliğine sahip değildir. Bu hücrelerin başka hücrelerle kombine edilmesi, yeniden programlanması ya da bunlara başka yolla yapılan müdahaleler sonucunda bir insan organizmasına dönüşmeye müsait bir embriyo ortaya çıkacak olsa da sonuç, bu hücrelerin tek başına bu yetkinliğe sahip olmadıkları gerçeğini değiştirmeyecektir.<sup>124</sup>

Sonuç olarak denilebilir ki BGH kararına göre, insan embriyolarını yok etmeden insan EKH'lerini nasıl elde edildiğine yönelik tekniğe ilişkin ayrıntılı bir açıklamada bulunmasa da insan embriyolarını yok etmeden insan EKH'leri elde etmeye teknik açıdan başvuru tarihinde elverişli olan patent başvurularına patent hakkı tanınmalıdır.<sup>125</sup> Ayrıca insan embriyosunun yok edilmesi yoluyla elde edilen insan EKH'lerini içermediğini, ek bir ifadeyle belirten patent başvuruları söz konusu korumadan yararlanacaktır.(disclaimer yoluyla) BGH'nın kararı yukarıda eleştirdiğimiz Adalet Divanı kararını bir ölçüde yumuşatmış ve kısmen de olsa bir ölçüde Dr. Brüstle patentinin hayatta kalma imkanı sağlanmıştır.

### **VIII. Güncel Durum ve insan EKH'lerine İlişkin Buluşların Geleceğine Dönük Bazı Çıkarımlar**

Özellikle Adalet Divanı'nın Brüstle ile ilgili kararından sonra Birleşik Krallık Patent Ofisi, (UK IPO) Uygulama Genelgesi'nde (Practice Notice) değişikliğe gitmiştir. Mayıs 2012'de yayınlanan bu değişiklikte “insan embriyosunun yok edilmesini gerektiren bir süreç sonucu meydana gelen hücrelerin kullanılmasını” içeren buluşların patentlenemeyeceği belirtilmiştir. Böylece sadece iPKH ve yetişkin kök hücrelerden elde edilen kök hücrelerin patentlenebileceği sonucu doğmuştur. Bu yönde yapılan değişikliğin somut etkisi bazı başvuruların UK IPO tarafından reddedilmesinde görülmüştür. Söz konusu olan iki patent başvurusu, genel olarak ovositleri aktive etmek için

<sup>122</sup> BGH Kararı, yukarıdaki dn.112, para.37.

<sup>123</sup> Id. para.36.

<sup>124</sup> Id. para.38.

<sup>125</sup> Dominic Icely&Florian Bazant, Morality and Patents after Brüstle in Intellectual Property Magazine, March 2013, s.73. Bana göre bu yargıya WARF ve Adalet Divanı kararında belirtilen başvuru tarihinden sonra teknikte meydana gelen gelişmeler sonucu artık embriyoların yok edilmeden insan EKH'lerinin üretilebilmesi ile ilgilenilmediği görüşünden hareketle varılmıştır.

partenogenez yöntemini kullanarak insan kök hücreleri elde etme yöntemine ilişkindir.<sup>126</sup> Söz konusu patent başvurusu diğer patentlenebilirlik şartlarına sahip olmasına rağmen “insan embriyolarının sınai veya ticari nedenlerle kullanılması” söz konusu olduğundan UK IPO patent inceleme uzmanı tarafından başvurular reddedilmiştir.<sup>127</sup> UK IPO’nun bu şekilde karar vermesinde Adalet Divanı’nın Brüstle patenti hakkındaki kararı doğrudan etkili olmuştur.

UK IPO’nun bu kararı temyiz edilmiştir. Temyiz Mahkemesi, 17.04.2013 tarihinde Brüstle kararında kullanılan bazı ifadelerin, önündeki davanın karara bağlanması için açıklanması amacıyla Divan’dan ön karar talebinde bulunmuştur.<sup>128</sup> Soru sorulmasına neden olan husus yukarıda belirtildiği gibi Avrupa Adalet Divanı’nın, embriyo tanımına olgun insan hücresi çekirdeğinin eklendiği döllenmemiş ovüller ve partenogenez yoluyla bölünmesi hızlandırılan döllenmemiş ovülleri” de dahil etmesinden kaynaklanmaktadır. Özellikle söz konusu buluşta da partenogenez yönteminin kullanılmış olması ve Divan’ın Brüstle kararında sonuç olarak partenotların da insan oluşumuna yol açan sürece başlayabilme yetkinliğine sahip olduğunu ifade etmesi dava konusu olan patentin de UK IPO tarafından reddedilmesine yol açmıştır. Temyiz eden tarafa göre Brüstle kararı için Avrupa Adalet Divanı’na sunulan bilimsel raporlarda partenotların tam bir insana dönüşmesinin mümkün olup olmadığı konusunda kesin bir açıklık ve uzlaşmanın bulunmadığı bu nedenle söz konusu durumun Divan tarafından tekrar değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>129</sup> Ayrıca Avrupa Adalet Divanı’nın embriyo tanımını yaparken kullandığı ve yukarıda altını çizdiğimiz “insanı oluşturma sürecine başlama yetkinliği” kriterinin anlamının kapalı olması nedeniyle bu tür bir ön karar talebinde bulunulmuştur.<sup>130</sup> Zira, Divan’ın kararında belirtilen insanı oluşturma sürecinin sonunda mutlaka insan oluşumunun gerektiği mi yoksa sürece başlanmasının yeterli mi olduğunun açıklığa kavuşturulması halihazırdaki ön karar sorusunun hareket noktasını oluşturmaktadır.

126 Söz konusu patentlerle ilgili ayrıntılı bilgi için: GB0621068.6 <http://www.ipo.gov.uk/p-ipsu/Case/ApplicationNumber/GB0621068.6> (Erişim tarihi:29.04.2013), GB0621069.4 <http://www.ipo.gov.uk/p-ipsu/Case/ApplicationNumber/GB0621069.4> (Erişim:29.04.2013)

127 Office Decision by Dr. L.Cullen, 16.08.2012, para.79 <http://www.ipo.gov.uk/pipsu/Document/ApplicationNumber/GB0621068.6/G101394E0913B4P1%20-1/GB2431411-20120816-Office%20decision.pdf> (Erişim:19.04.2013)

128 Internatioanal Stem Cell and Comptroller General of Patents, [In the High Court of Justice Chancery Division Patents Court], 17.04.2013

129 Id. para.39.

130 Id. para.54

Avrupa Adalet Divanı'na ön karar talebinin yapıldığı bu ara kararda, Mahkeme Biyoteknoloji Yönergesi'nin amacının biyoteknoloji alanındaki araştırmaların patent koruması ile teşvik edilmesi olduğunu; ancak bu amaç güdüldükçe, kişinin onurunun ve bütünlüğünün korunması amacı ile dengelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Yine bu kararda, insan olma yetkinliğine sahip olmayan bir unsurun patent istisnası kapsamında tutulmasının bu dengenin sağlanmasına yol açmayacağına ve kök hücre teknolojisinin devrim niteliğinde olabilecek potansiyel tedavi yöntemleri düşünüldüğünde kamu sağlığına ve Avrupa endüstrisine olası zararına dikkat çekilmiştir.<sup>131</sup> Burada daha önce APO ile ilgili açıklamalar yaparken değindiğimiz dengeleme testi doğrultusunda ifadelerle karşılaştığımızı söylemek yanlış olmayacaktır.<sup>132</sup>

Avrupa Adalet Divanı'nın Brüstle kararı hemen APO nezdinde de yankı uyandırmıştır. Henüz geçen süre içerisinde aynı konuda somut bir patent başvurusuyla karşılaşılmasa da APO, önüne gelebilecek herhangi bir başvuruda takınacağı tutumun sinyalini vermiştir. Aynı şekilde APO Başkanı resmi internet blogunda kurumunun, Divan'ın söz konusu kararını izleyeceğini ifade etmiştir.<sup>133</sup>

Görüleceği üzere, Avrupa Adalet Divanı kararının kök hücre alanında yarattığı yankı oldukça büyüktür ve sonraki uygulamalara ilişkin etkisini göstermek için çeşitli örnekler verilmiştir. Çok yakın zamanda verilen Alman Yüksek Mahkemesi'nin kararı doğal olarak diğer ulusal mahkemeler için bağlayıcı olmayacaktır. Buna rağmen Mahkeme'nin alandaki uzmanlığı, davada yürütülen titizlik ve uzman görüşleriyle beraber ileriye sürülen düşüncelerin çeşitliliği gözönüne alındığında, bu kararın da önemli etkilerinin olacağı görülmektedir.<sup>134</sup>

## IX.Sonuç

Bu makalede yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere, insan EKH'lerine ilişkin buluşların yaratabileceği sorunları çözmek ve "orta yolu" bulmak ol-

131 Id. para.57-58.

132 Bkz. Dengeleme testi uygulamasının özellikle kök hücre alanında zorluk yaratması ile ilgili düşüncelerimiz için bu makalenin V.bölümünün 2 numaralı alt başlığı.

133 "If the judges rule in favour of a restrictive interpretation of biotech patentability provisions, the EPO will immediately implement it." APO Başkanı'nın iletisi: <http://blog.epo.org/uncategorized/patents-and-biotechnology> (Nov. 03, 2011)

134 Yukarıdaki dn.128'te belirtilen kararda ileri sürülen görüşlerde BGH kararına yapılan atıflar için bkz ilgili karar para.36

dukça kolay değildir. Zira bu tür buluşların Avrupa’da patentlenebilirliğini düzenleyen kurallar, çok yol gösterici olmamakla beraber, bu kuralları uygulayan ve yorumlayan karar mekanizmalarının da oldukça berrak bir tablo koyamadıkları söylenebilir. Özellikle Avrupa Adalet Divanı’nın verdiği karar maalesef konuyu çözmekten uzak kalmıştır. Bu durum, Birleşik Krallık’tan verdiğimiz örnek sayesinde de görülmüştür. Adalet Divanı’nın kararı, önceki aşamalarında kamu düzeni ve genel ahlâka aykırı faaliyetler içeren, insan EKH’lerine ilişkin buluşların diğer bir ifadeyle “<sup>135</sup>zehirli ağacın meyvelerinin” patentlenemeyeceğini belirtmiştir. Bu karar bilim çevrelerinde daha sonraki Avrupa uygulamasını belirleyebilecek olması açısından büyük endişe yaratmıştır. Şöyle ki artık Avrupa’nın kök hücre alanında yapılacak çalışmalar için uygun bir ortam olmadığı düşünülmüştür.<sup>136</sup> Buna rağmen çok yakın zaman önce açıklanan Alman Federal Yüksek Mahkeme’sinin verdiği karar tamamen yasakçı bir tutumu benimsemeyerek, endişe ortamını bir derecede azaltmış ve somut olayın özelliklerine daha uygun bir yorumla bilim adamlarına bazı koşullar altında hareket etme imkanı sağlamıştır. Her ne kadar bu karar yerel nitelikte olsa da konuya ilişkin detaylı ve titiz bakışı karara değer katmıştır ve bundan sonra Avrupa’nın geri kalan kısmında uygulamaya ne gibi etkilerinin olacağı dikkatle izlenmelidir.

Ayrıca görüldüğü üzere teknolojinin hızlı değişimi karşısında bu alandaki kurallar geride kalmaktadır. Bu nedenle çok iyi tasarlanmış düzenlemelerin yapılması, özellikle konunun karışıklığı ve uzmanlık gerektirmesi nedeniyle, beklenmeyen müdahalelerin önüne geçecektir.

Sonuç olarak, patent hukukunun son zamanlarda gelişen önemli teknolojilerin teşvik edilmesindeki rolü göz ardı edilemez. Bu nedenle etik temelli patent koruması istisnalarının daha belirli, açık ve dar yorumlanması gerekmektedir. Tartışmaların devam edeceğini düşündüğümüz bu konuyu çözmek için patent hukukunda yer alan istisnaları genişletmek yerine, insan EKH’lerine ilişkin hukuku buluşların ticarileştirilmesi, çevreye etkisi veya ilaç endüstrisinde kullanımına ilişkin düzenlemeler yoluyla getirilecek istisnalar üzerinde durmanın daha uygun olacağı düşüncesindeyiz.

<sup>135</sup> Martin Grund&Stacey J.Farmer, Brüstle v.Greenpeace: The End of Road for Human Embryonic Stem Cell Patents, Bio-Science Law Review, 2011, s.44.

<sup>136</sup> Dismay, Confusion Greet Human Stem Cell Patent Ban, Science, 2011, s.334.