

e-ISSN: 2667-6117



ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ
Hukuk Fakültesi Dergisi
(ASBUHFD)

Cilt: 7 Sayı: 1
Vol.: 7 no.: 1

Haziran-2025
June-2025

Haziran - 2025

ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ
Hukuk Fakültesi Dergisi
(ASBUHFD)

e-ISSN: 2667-6117

Cilt: 7 Sayı: 1 Vol.: 7 no.: 1

Haziran-2025 Haziran-2025

Dergi İletişim Bilgileri/ ASBUHFD Contact Information:

ASBÜ Hukuk Fakültesi Dekanlığı

Hükümet Meydanı No: 2, 06030 Ulus, Altındağ, ANKARA

Tel: +90 312 596 44 44-45 **Fax:** +90 312 311 86 00

e-mail: asbuhfd@asbu.edu.tr <https://dergipark.org.tr/asbuhfd>

ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir.

Yayımlanan eserlerden doğan sorumluluk yazara/yazarlara aittir.

ASBUHFD is a peer-reviewed journal.

The liability of the published work is on the author/authors.

ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi aşağıda belirtilen indekslerde/veritabanlarında taranmaktadır.

ASBUHFD is scanned the indexes/databases as demonsrated below.



Yayın Tarihi:

Haziran, 2025

İMTİYAZ SAHİBİ**Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı****Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE****DERGİ KURULU****Editör Kurulu****Prof. Dr. Mustafa ÇOLAK**

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç Dr. Erman BENLİ

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Melek SARAL

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Fatih Buğra ERDEM

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Hakan KOÇAK

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Editör Yardımcıları**Arş. Gör. Dr. Gökberk ÖZSÖKER**

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Mehmet BARUTÇU

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Celil ŞAHİN

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. M. Mansur KARADAĞ

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Bilgesu ULUŞAHİN

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Dilara DÖNMEZKUŞ

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü**İsmail ÖZCAN**

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Danışma Kurulu**Prof. Dr. Bülent KENT**

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa AVCI

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ATEŞ

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bilgin TİRYAKİOĞLU

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yücel OĞURLU

Balıkesir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Süleyman YILMAZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YAZIM KURALLARI

A. Başlangıç

1. Makale başlığı: Arial, 14 pt., Tüm harfler büyük, Kalın, Ortalanmış. Başlık on iki kelimeden uzun olmamalıdır.

2. Yazar adı: Arial, 12 pt., Kalın, Sağa yaslı, İlk harfler büyük. (Yazar, dergiye gönderdiği makale dosyasında doğrudan veya dolaylı olarak kimlik ve kurum bilgilerini belirtmemelidir. Değerlendirme süreci kör hakemlik esasına göre yürütüldüğü için yazar bu bilgileri Kapak, Beyan ve Telif Hakkı Devir Formunda açıklamalıdır.)

3. Öz, Abstract ve Anahtar Kelimeler: Kalın, İlk harfler büyük. Eserde, 100-300 kelime arasında öz bölümü ile 500-1500 kelime arasında geniş özet (extended summary) bulunmalıdır. Eser dilinin Türkçe olması halinde; öz bölümü Türkçe ve İngilizce olmalıdır. Eser dilinin Türkçe dışında bir dil olması halinde, bu dilde bir öz ve bu özün Türkçe ve İngilizce çevirisi çalışmaya eklenmelidir. Öz başlığında her dilde olmak üzere 5-7 aralığında anahtar kelimeye ve eserin başlığına yer verilmelidir. Geniş özet, İngilizce olmalıdır. Eserin, öz ve geniş özet hariç 15.000 kelimeyi aşmaması gerekir.

B. Metin

1. Metin içi başlıklar: Times New Roman, 12 pt.

2. Başlık başındaki işaretler için yeni liste stili tanımlanması (Word'de Giriş sekmesinde paragraf kutucuğunun içinde üst sıradaki liste işareti/numaralandırma işaretlerinden çok düzeyli liste başlığı altında yeni liste stili tanımla daha sonra sol alttan biçimden numaralandırma seçeneği seçilecek) sıralaması:

1. Seviye: Numaralandırma stili: I, II, III... Kalın, Tümü büyük harfler
2. Seviye: Numaralandırma stili: A, B, C... Kalın, İlk harfler büyük
3. Seviye: Numaralandırma stili: 1, 2, 3... Kalın, İlk harfler büyük
4. Seviye: Numaralandırma stili: a, b, c... Kalın, İlk harfler büyük
5. Seviye: Numaralandırma stili: i, ii, iii... Normal, İlk harfler büyük, İtalik

3. Ana metin: Times New Roman, 11 pt.

4. Metin paragrafları: İlk satır 0,75 cm içeride, her iki tarafa yaslanmış, sağ ve sol girinti 0, paragraf öncesi 5nk paragraf sonrası 0 nk aralık, satır aralığı 1.

C. Dipnotlar

1. Dipnot: Times New Roman, 10 pt.

2. Dipnot paragrafları: Asılı 0,5 cm içeride, her iki tarafa yaslanmış, sağ ve sol girinti 0, paragraf öncesi 2 nk paragraf sonrası 0 nk aralık, Aynı stildeki paragraflar arasına boşluk ekleme seçeneği seçilmemiş, satır aralığı 1. Ancak aynı dipnotta birden çok paragraf verilecekse bu durumda söz konusu iki paragraf arasında aralık 0 olmalıdır (üstteki paragrafın paragraf ayarlarından “sonra” kısmı 0 nk, alttaki paragrafın ise “önce” kısmı 0 nk yapılmalıdır).

3. Dipnottaki cümle ile dipnotta sol baştaki numara arasında 1 boşluk bırakılmalıdır.

4. Dipnotta sonu nokta ile biten bir ifade varsa tekrar nokta konulmasına gerek yoktur, bunun haricinde herhangi bir işaretten sonra mutlaka nokta konulmalıdır.

5. Metin içerisinde gösterilen dipnot numaraları şayet bir noktalama işareti varsa onun hemen ardından boşluk bırakılmaksızın belirtilecektir.

Ø Yanlış: verilecektir¹. Doğru: verilecektir.¹

D. Kaynakça

1. Kaynakça ayrı sayfada başlayacaktır.
2. Alfabetik sıralı, Times New Roman, 11 pt.
3. Kaynakça paragrafları: 0,75 cm asılı (ilk satırdan sonraki satırlar 0,75 cm içeride), her iki tarafa yaslanmış, sağ ve sol girinti 0, paragraf öncesi aralık 3 nk paragraf sonrası aralık 0 nk, Aynı stildeki paragraflar arasına boşluk ekleme seçeneği seçilmemiş, satır aralığı 1.

Aşağıda yazım şekline ilişkin kurallara uygun olarak hazırlanmış örnek word formu bulunmaktadır. Makalenizi bu belgeye aktararak şekil gerekliliklerini kolaylıkla tamamlayabilirsiniz. Form için bkz.

<https://dergipark.org.tr/tr/journal/2972/file/8384/download>

E. Yazım-İmla Kuralları ve Atıf Usulü

1. Derginin yazım ve imla kurallarında Türk Dil Kurumunun yayımları ve kararları esas alınmaktadır.

2. Dipnot ve kaynakçalarda “The Chicago Manual of Style Notes and Bibliography System 18. Edition (2024)” atıf sistemi benimsenmiştir (bkz. <https://www.chicagomanualofstyle.org/home.html>). Atıf sistemine ilişkin açıklayıcı örnekler ve açık erişimli rehberler için bkz.

<https://library.ulethbridge.ca/chicagostyle/home>

<https://widener.libguides.com/Chicago18/examples>

<https://library.uco.edu/chicago18>

3. Eserin yayın dilinin Türkçe olması halinde atıf yapılırken;

§ “and” yerine “ve”

§ “unpublished” yerine “yayımlanmamış” veya “yayınlanmamış”

§ “Anonymous” yerine “Anonim”

§ birden fazla ciltten oluşan eserlerde “volume/vol.” yerine “Cilt.”

§ “see” yerine “bkz.”

§ “in” yerine “iç.”

§ “accessed” yerine “erişim tarihi”

§ “trans.” yerine “çev.”

§ “edited by” yerine “editör”

§ “translated by” yerine “çeviren”

§ “interview by” ifadesi yerine “röportajı yapan”

§ “PhD diss.” yerine “doktora tezi”

§ “thesis” yerine “tez”

§ “last modified” yerine “son değiştirilme”

§ “filmed” yerine “çekim” ifadeleri kullanılmalıdır.

§ Tarih belirtirken kullanılan ay isimleri Türkçeleştirilmiştir ancak yazım formatı korunmuştur. Örneğin; Mayıs 8, 2019 şeklinde yazılmalıdır.

§ Dergi sayısını ifade eden “no.” ifadesi korunmuştur. Keza “ed.” ifadesi aynen korunmuştur.

§ Sayfa numarasında “vd.” kullanılmamalıdır. Bunun yerine ilgili numara ile arasına boşluk konulmaksızın “ff.” ifadesi konulmalıdır. Eğer “ff.”dan sonra “.” gelecekse kullanılmaz ancak “;”, “?” vb. gelecekse onlar “ff.”deki noktaya bitişik yazılır.

4. Metin içerisinde dipnotta gösterilen mevzuat ve yargı kararları kaynakçada gösterilmez. Yargı kararlarına yapılan atıflarda aşağıdaki kural ve kısaltmalar dikkate alınmalıdır:

§ Mahkemenin/kurumun adı varsa dairesi, E. esas numarası K. karar numarası tarih [gün.ay.yıl formatında], (kararın ulaşıldığı kaynak, varsa ulaşıldığı kaynaktaki sayfa numarası veya URL veya DOI numarası).

§ Matbu kadı sicillerine yapılacak atıflar şu şekilde belirtilmelidir: Galata Mahkemesi 90 Numaralı Sicil (1073-1074/1663), haz. Fuat Recep ve Salih Kahrman (İSAM Yayınları, 2012), 51.

§ Yabancı kararlarda ilgili mahkemenin veya kurumun kendisinin benimsemiş olduğu karar atıf usulü kullanılabilir. Eğer tercih edilirse Türk kararları için kullanılan sistem de uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir. Ancak, bir eserde aynı mahkemenin veya kurumun bir kararı için hangi atıf sistemi kullanılmışsa diğer kararlarda da aynı sistematüğın kullanılması gerekir.

Anayasa Mahkemesi AYM

Bireysel Başvuru BB

Bölge Adliye Mahkemesi BAM

Ceza Dairesi CD

Ceza Genel Kurulu CGK

Daire D

Danıştay Dan.

Esas E.

Hukuk Bölümü HukukB

Hukuk Dairesi HD

Hukuk Genel Kurulu HGK

İçtihadı Birleştirme Kurulu İBK

İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu İBK

İdari Dava Daireleri Kurulu Kararı İDDK

Karar K.

Uyuşmazlık Mahkemesi UM

Vergi Dava Daireleri Kurulu Kararı VDDK

Yargıtay Yar.

Örnekler:

AYM, E.2017/123, K.2018/12, 01.01.2018.

AYM, Mehmet Yılmaz, B. No: 2020/12345, 01.01.2025.

Yar. 1. HD, E.2019/1234, K.2019/4321, 01.01.2019 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

Ankara BAM 2. HD, E.2019/1234, K.2019/4321, 01.01.2019 (<https://emsal.uyap.gov.tr/>).

Rekabet Kurulu, K.12-13/123-12, 01.01.2019 (<https://www.rekabet.gov.tr/tr/Kararlar>).

5. Resmi Gazeteye yapılacak atıflar şu şekilde belirtilmelidir: RG. 02.01.2019, S. 30643.

WRITING FORM

A. Beginning

1. Article title: Arial, 14 pt., All letters capitalized, Bold, Centered. The title should not be longer than twelve words.

2. Author's name: Arial, 12 pt., Bold, Right justified, Initials capitalized. (The author should not directly or indirectly indicate his/her identity and institutional information in the article file sent to the journal. Since the review process is carried out on a blind review basis, the author should disclose this information in the Cover, Declaration and Copyright Transfer Form).

3. Abstract, Abstract and Keywords: Bold, Initial letters capitalized. The work should include an abstract of 100-200 words and an extended summary of 750-1500 words. If the language of the work is Turkish, the abstract should be in Turkish and a translation of the abstract in English, German or French should be included. If the language of the work is a language other than Turkish, an abstract in that language and a Turkish and English translation of the abstract should be included. The title of the abstract should include 5-7 keywords in each language and the title of the work. The abstract should be in English. The manuscript should not exceed 15,000 words excluding the abstract and extended abstract

B. Text

1. In-text headings: Times New Roman, 12 pt.

2. Define a new list style for the marks at the beginning of the heading (in Word, in the Home tab, in the paragraph box, in the top row of list marks/numbering marks under the heading of multilevel list, define a new list style, then select the numbering option from the format at the bottom left):

Level 1: Numbering style: I, II, III... Bold, All capital letters

Level 2: Numbering style: A, B, C... Bold, Initials capitalized

Level 3: Numbering style: 1, 2, 3... Bold, Initial letters capitalized

Level 4: Numbering style: a, b, c... Bold, Initials capitalized

Level 5: Numbering style: i, ii, iii... Regular, Initial letters capitalized, Italic

3. Main text: Times New Roman, 11 pt.

4. Text paragraphs: First line 0.75 cm inside, justified on both sides, right and left indent 0, 5 pt before paragraph, 0 pt after paragraph, line spacing 1.

C. Footnotes

1. Footnote: Times New Roman, 10 pt.

2. Footnote paragraphs: Hanging 0.5 cm inside, justified on both sides, right and left indent 0, spacing 2 nk before paragraph, 0 nk after paragraph, no option to add space between paragraphs of the same style selected, line spacing 1. However, if more than one paragraph is to be given in the same footnote, then the spacing between the two paragraphs in question should be 0 (the "after" part of the paragraph settings of the upper paragraph should be 0 nk and the "before" part of the lower paragraph should be 0 nk).

3. It must be left 1 space between the sentence in the footnote and the left leading number in the footnote.

4. If there is a statement in the footnote that ends with a period, there is no need to put a period again; otherwise, a period must be placed after any other sign.

5. Footnote numbers in the text will be indicated immediately after a punctuation mark without a space.

Ø Wrong: verilecektir¹. Correct: verilecektir.¹

D. Bibliography

1. Bibliography should start on a separate page.
2. Alphabetical order, Times New Roman, 11 pt.
3. References paragraphs: 0.75 cm hanging (lines after the first line are 0.75 cm inside), justified on both sides, right and left indent 0, pre-paragraph spacing 3 pt, post-paragraph spacing 0 pt, no option to add spaces between paragraphs of the same style selected, line spacing 1.

Below is a sample word form prepared in accordance with the rules regarding the writing style. You can easily complete the format requirements by transferring your article to this document. (For the form, see: <https://dergipark.org.tr/tr/journal/2972/file/8384/download>)

E. Spelling Rules and Citation Procedure

1. The spelling and spelling rules of the journal are based on the publications and decisions of the Turkish Language Association.

2. "The Chicago Manual of Style Notes and Bibliography System 18th Edition (2024)" citation system has been adopted in footnotes and bibliographies (see <https://www.chicagomanualofstyle.org/home.html>). For illustrative examples and open-access guides on the citation system, see.

<https://library.ulethbridge.ca/chicagostyle/home>

<https://widener.libguides.com/Chicago18/examples>

<https://library.uco.edu/chicago18>

3. In case the language of publication of the work is Turkish, when citation is made;

§ "ve" instead of "and"

§ "yayınlanmamış" or "yayımlanmamış" instead of "unpublished"

§ "Anonim" instead of "Anonymous"

§ "Cilt." instead of "volume/vol." in works consisting of more than one volume

§ "bkz." instead of "see."

§ "iç." instead of "in."

§ "erişim tarihi" instead of "accessed"

§ "çev." instead of "trans."

§ "editör" instead of "edited by"

§ "çeviren" instead of "translated by"

§ "röportajı yapan" instead of "interviewer"

§ "doktora tezi" instead of "PhD diss."

§ "tez" instead of "thesis"

§ "son değiştirilme" instead of "last modified"

§ "çekim" instead of "filmed" must be used.

§ The month names used to indicate the date have been in Turkish, but the spelling format has been preserved. For example, it should be written as Mayıs 8, 2019.

§ The expression "no." for the number of the journal has been retained. Likewise, the expression "ed." has been retained.

§ "vd." should not be used in the page number. Instead, the expression "ff." should be inserted

without a space between the relevant number. If "." comes after "ff.", it is not used, but if ";", "?" etc. come after "ff.", they are written adjacent to the dot in "ff."

4. Legislation and judicial decisions cited in footnotes in the text are not included in the bibliography. The following rules and abbreviations should be taken into account in references to judicial decisions:

§ Name of the court/institution, if any, its department, E. main number K. decision number date [day.month.year format], (the source of the decision, if any, the page number or URL or DOI number in the source).

§ References to printed Kadi registers should be indicated as follows: Galata Mahkemesi 90 Numaralı Sicil (1073-1074/1663), haz. Fuat Recep ve Salih Kahrıman (İSAM Yayınları, 2012), 51.

§ In the case of foreign judgments, the decision citation procedure adopted by the relevant court or institution itself may be used. If preferred, the system used for Turkish judgments may also be applied to the extent appropriate. However, whichever citation system is used for one judgment of the same court or institution in one work, the same systematic should be used for other judgments.

Anayasa Mahkemesi AYM

Bireysel Başvuru BB

Bölge Adliye Mahkemesi BAM

Ceza Dairesi CD

Ceza Genel Kurulu CGK

Daire D

Danıştay Dan.

Esas E.

Hukuk Bölümü HukukB

Hukuk Dairesi HD

Hukuk Genel Kurulu HGK

İçtihadı Birleştirme Kurulu İBK

İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu İBK

İdari Dava Daireleri Kurulu Kararı İDDK

Karar K.

Uyuşmazlık Mahkemesi UM

Vergi Dava Daireleri Kurulu Kararı VDDK

Yargıtay Yar.

Examples

AYM, E.2017/123, K.2018/12, 01.01.2018.

AYM, Mehmet Yılmaz, B. No: 2020/12345, 01.01.2025.

Yar. 1. HD, E.2019/1234, K.2019/4321, 01.01.2019 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

Ankara BAM 2. HD, E.2019/1234, K.2019/4321, 01.01.2019 (<https://emsal.uyap.gov.tr/>).

Rekabet Kurulu, K.12-13/123-12, 01.01.2019 (<https://www.rekabet.gov.tr/tr/Kararlar>).

5. References to the Official Gazette should be indicated as follows: RG. 02.01.2019, P. 30643.

İÇİNDEKİLER/CONTENTS*

YASAMA VE YARGI ORGANLARININ YÖNETMELİK YAPMA YETKİSİ ÜZERİNE 1

On the Authority of Legislative and Judicial Bodies to Make Regulations

Ramazan Çağlayan

6502 SAYILI KANUN KAPSAMINDA TÜKETİCİ KAVRAMI VE TİCARÎ VEYA MESLEKÎ AMAÇLA HAREKET EDEN KİŞİLERE TİCARÎ VEYA MESLEKÎ AMAÇ OLMAKSIZIN MAL VEYA HİZMET SUNAN KİŞİLERİN DURUMU21

Under Law No.6502, The Concept Of Consumer And, Legal Status Of Individuals Who Have No Commercial Or Professional Purpose While Providing Goods Or Services To The Other Party That Acts With Commercial Or Professional Purpose

Reyhan TUHAN BOZ

Esen KABAŞ TEZCAN

TÜRK CEZA HUKUKUNUN BAĞLAYICI KAYNAKLARINDAN BİRİ OLARAK YARGITAY İÇTİHADI BİRLEŞTİRME KARARLARI41

The Unification Decisions Of The Court Of Appeals As One Of The Binding Sources Of Turkish Criminal Law

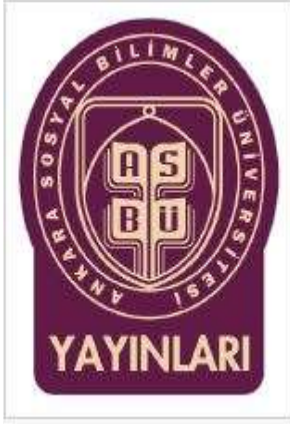
Hakan KAŞKA

AFRİKA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHATLARINDA HAKLARIN KORUNMASINA YÖNELİK YAKLAŞIMLAR: ZORLUKLAR VE FIRSATLAR.....59

Approaches to the Protection of Rights in the Jurisprudences of the African Court on Human Rights: Challenges and Opportunities

Amare T. CHEKOL

*Makale sıralamasında akademik unvan ve makale gönderim tarihi esas alınmaktadır



e-ISSN: 2667-6117

Yıl / Year: 2025

Cilt / Volume: 7

Sayı / No: 1

Eserin Türü /

Manuscript Type

Araştırma Makalesi

/ Research Article

DOI:

10.47136/asbuhfd.
1557543



YASAMA VE YARGI ORGANLARININ YÖNETMELİK YAPMA YETKİSİ ÜZERİNE

On the Authority of Legislative and Judicial Bodies to Make Regulations

Ramazan Çağlayan*

Öz

İşlevsel anlamda idare kavramı içinde yer alan kuruluşlar anayasa, kanun veya işin mahiyetinden kaynaklanan yetkiye dayanarak düzenleyici işlemler yapma yetkisine sahiptirler. Düzenleyici işlemlerin başında da yönetmelik yer almaktadır. İdarî işlemler yetki, şekil, sebep, konu ve maksat olmak üzere beş unsurdan oluşmaktadır. Bir işlemin kim tarafından yapılabileceği yetki unsurunu oluşturmaktadır. İdare hukukunda yetki unsuru kamu düzeninden sayılır. Dolayısıyla hukuk kuralı ile yetkilendirilmeyen mercinin yaptığı işlem hukuka aykırıdır. Anayasanın 124. maddesinde yönetmelik yapma yetkisine sahip olan merciler Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri olarak sayılmaktadır. Yasama organı ve yargı organı (yüksek mahkemeler) burada sayılanlar içinde yer almamaktadır. Başka bir ifadeyle anayasa, yasama ve yargı organına yönetmelik yapma yetkisi vermemektedir. Anayasanın bu düzenlemesine rağmen kanunla, yasama ve yargı organının yönetmelik yapma yetkisi verildiği görülmektedir. Bu kanunların anayasa aykırı olduğu kanaatindeyiz.

Abstract

Institutions within the concept of administration in the functional sense have the authority to make regulatory acts based on the constitution, law or the authority arising from the nature of the work. Regulations are at the top of the list of regulatory acts. Administrative acts consist of five elements: competence, form, reason, subject matter and purpose. The element of competence constitutes by whom an action may be taken. In administrative law, the element of competence is considered as a matter of public order. Therefore, the action taken by the authority not authorised by the rule of law is unlawful. Article 124 of the Constitution lists the authorities authorised to make regulations as the President, ministries and public legal entities. The legislature and the judiciary (high courts) are not included here. In other words, the constitution does not authorise the legislature and the judiciary to make regulations. Despite this provision of the Constitution, it is observed that the legislative and judicial bodies are authorised by law to make regulations. We are of the opinion that these laws are unconstitutional.

Makale Gönderim Tarihi / Received: 06.07.2024

Makale Kabul Tarihi / Accepted: 01.05.2025

Hakem Değerlendirmesi / Peer Review: Çift kör hakem.

Double peer-reviewed.

Anahtar Kelimeler / Keywords:

Yasama, Yargı, İşlevsel anlamda idare, Yönetmelik, Yetki, Anayasaya aykırılık.

Legislative, Judicial, Functional administration, Regulation, Authorisation, Unconstitutionality.

Atıf / Citation:

Çağlayan, Ramazan. "Yasama ve Yargı Organlarının Yönetmelik Yapma Yetkisi Üzerine" *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 1 (2025) 1-20.

Yazar Bilgileri / Authors Information:

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

Teşekkür / Acknowledgments: Bulunmamaktadır

Finansal Destek / Financial Support: Finansal destek alınmamıştır.

Çıkar Çatışması / Conflict of Interest: Çıkar çatışması bulunmamaktadır.

Etik Kurul Onayı / Ethics Committee Approval: Çalışma için etik kurul onayı gerekmemektedir.

Yapay Zeka Araçlarının Kullanımı / Use of Artificial Intelligence: Yapay zeka araçlarından yararlanılmamıştır.

Extended Summary

Institutions within the concept of administration in the functional sense have the authority to make regulatory acts based on the constitution, law or the authority arising from the nature of the work. Regulations are at the top of the list of regulatory acts. Administrative acts consist of five elements: competence, form, reason, subject matter and purpose. The element of competence constitutes by whom an action may be taken. In administrative law, the element of competence is considered as a matter of public order. Therefore, the action taken by the authority not authorised by the rule of law is unlawful. Article 124 of the Constitution lists the authorities authorised to make regulations as the President, ministries and public legal entities. The legislature and the judiciary (high courts) are not included here. In other words, the constitution does not authorise the legislature and the judiciary to make regulations. Despite this provision of the Constitution, it is observed that the legislative and judicial bodies are authorised by law to make regulations.

The concept of ‘regulation’ means ‘rule-making’ in public law. In legal science, a rule means ‘a norm that determines abstract, objective and general institutions’. Accordingly, a set of rules that are abstract, general, directed to everyone and whose addressee is not certain in advance is called a regulatory act. The first thing that comes to mind when abstract and general rules are mentioned is the law. This is because law in the material sense refers to a ‘general’, abstract and ‘impersonal’ (non-personal) legal text. The power to take action under the name of law is a power granted exclusively to the legislature by the Constitution. In addition to laws, the legislature may also adopt acts such as internal rules of parliament and other parliamentary resolutions. These also fall within the scope of legislative activity. In our law, there are also administrative regulatory acts made by the administration.

Article 124 of the Constitution, entitled ‘regulations’, authorises the President of the Republic and ministries to issue regulations within the state legal entity. Nevertheless, it is observed that the laws authorise the legislative and judicial bodies (high courts) to make regulations and that they also make regulations under the name of regulations. Law No. 6253 of 2011 on the Administrative Organisation of the Presidency of the Grand National Assembly of Turkey grants the legislative body (the Grand National Assembly of Turkey) the power to make regulations. These regulations are as follows. The Rules of Procedure of the Grand National Assembly of Turkey authorise the legislature to make regulations. There are around 34 regulations issued by the legislature based on the authority derived from the Law and the Rules of Procedure.

Law No. 6216 dated 2011 on the Establishment and Trial Procedures of the Constitutional Court authorises the Constitutional Court to issue regulations. Law No. 2575 on the Council of State authorises the Council of State to make ‘internal rules’ and ‘regulations’, and the Council of State makes these regulations. The 1983 dated and 2797 numbered Law on the Court of Cassation authorises the Court of Cassation to make ‘internal regulations’ and ‘by-laws’.

In this study, the issue of whether the laws authorising the Legislature, the Constitutional Court, the Council of State and the Court of Cassation to issue regulations are in conformity with the Constitution will be discussed.

GİRİŞ

İdare dediğimiz teşkilât, kamu tüzel kişilerinden oluşmaktadır. İdare hak sahibi olabilmekte, borç altına girebilmektedir. Bunları yaparken de hukuk alanında etki doğuracak irade açıklamalarında bulunabilmektedir. İdare üstlendiği faaliyetleri yerine getirirken hukukî tasarruflar (idari işlem) ya da maddî tasarruflar (idari eylem) yapmak durumundadır. Genel olarak hukukî işlem, hukuk âleminde bir sonuç meydana getirmek amacıyla açıklanan irade beyanıdır. Hukukî işlemin idare hukukundaki yansıması da, idarenin hukuk âleminde bir sonuç meydana getiren irade beyanı olarak karşımıza çıkar. Çok genel olarak idari işlem, idarenin hukuk alanında bir etki doğurmaya yönelik ve kamu gücü kullanarak yapılan tek yanlı irade beyanlarıdır.

Maddî bakımdan (içeriğine göre) idari işlemler “düzenleyici işlemler” ve “birel-bireysel işlemler” olarak ikiye ayrılmaktadır. Soyut, genel, herkese yönelik, muhatabının kim olduğu önceden kesin olarak belli olmayan, nesnel ve genel durumları belirleyen normlar şeklindeki kurallar bütününe düzenleyici işlem denilmektedir. İdare tarafından yapılan düzenleyici işlemlerin en bilineni ve

anayasada düzenleme konusu yapısını da yönetmeliklerdir. Kuşkusuz yürütmenin/idarenin yapabileceği düzenleyici işlemler yönetmelikten ibaret değildir. Kanunî düzenlemelere göre yürütmenin/idarenin “yönerge”, “genelge”, “genel emir”, “tebliğ”, “tarife”, “kılavuz”, “imar planı” “sınav ilanı” gibi isimleri taşıyan düzenleyici işlemler de yapabileceği öngörülmektedir. Bunların adı Anayasada geçmediği için bunlara “adsız düzenleyici işlemler” ya da “yönetmelik benzeri düzenleyici işlemler” de denilmektedir. Mezkûr düzenleyici işlemlerden sadece “yönetmelik” Anayasada düzenlenmiştir.

Anayasanın 124. maddesinde, yürütmenin/idarenin yapabileceği düzenleyici işlemlerden “yönetmelik” konusu düzenlenmektedir. Düzenlemeye göre “Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler”.

Bilindiği üzere devletin “yasama”, “yargı” ve “yürütme” olmak üzere üç organı bulunmaktadır. Anayasanın 124. maddesinin lafzına bakıldığında, yönetmelik yapma yetkisinin devletin organları içinde sadece yürütmeye verildiği görülmektedir. Bu yetkinin yürütme içinde de merkezî idare (devlet tüzel kişiliği) bakımından “Cumhurbaşkanlığı” ve “bakanlıklara” hasredilmiştir.

Anayasanın bu düzenlemesine rağmen “yasama” ve “yargı” organına yönetmelik yapma yetkisi veren kanun hükümlerinin bulunduğu, uygulamada da bu organların yönetmelik yaptığı görülmektedir. Bu çalışmada yasama ve yargı organının yönetmelik yapma yetkisinin hukukî durumu ele alınacaktır.

Burada önce bu organların idare kavramı içinde yer alıp almadığı ve idarenin düzenleme yapma yetkisinden bahsedilecektir. Akabinde de yasama ve yargı organlarının yönetmelik yapma yetkisi ve bunların yargısal denetimi üzerinde durulacaktır.

I. YASAMA VE YARGI ORGANLARININ İDARE KAVRAMI İÇİNDE YER ALMASI

A. İdare Kavramı

Arapça kökenli bir kelime olan ve sözlükte “döndürme”, “çekip çevirme”, “yönetme” anlamlarına gelen¹ “idare” kelimesi, hukuk dilinde birden fazla anlamı içerecek şekilde; bir yandan “idarî faaliyet (idare etme işi-idarî etkinlik-*activité*)” anlamında, diğer yandan “idarî kuruluş (idarî faaliyeti yerine getiren teşkilât-*organe*)” anlamında kullanılmaktadır.² 1982 Anayasası’nda da idare kavramının, birden fazla anlamda; bazen “teşkilât” (m.125³), bazen “idarî faaliyet” (m.126⁴), bazen de “idarî faaliyet ve teşkilât” (m.123⁵) anlamında kullanıldığı görülmektedir.⁶ İdare kavramının, idare hukukuna özgü anlamı ise, devletin diğer işlevlerini yerine getiren yasama organının yasama faaliyeti; yargı organının yargılama faaliyeti dışında kalan faaliyetleridir.⁷

Bilindiği üzere devletin üç temel işlevini yerine getirmek bakımından, yasama, yargı ve yürütme olmak üzere üç organ ihdas edilmiştir. “İdare” denilen teşkilâtın bu organlar içindeki yerinin de belirlenmesi gerekmektedir. Bu durumda da karşımıza “organik anlamda idare” ve “işlevsel anlamda idare” kavramları çıkmaktadır.

¹ İdare: Yönetme, yönetim, çekip çevirme, ülke işlerinin yürütülmesi, kamuya ilişkin hizmetlerin bütünü, bir kurum veya kuruluşun yönetildiği yer veya makam, bir kurumun işlerini yürüten kurul, tutum, idare kadili veya lambası, hoş görme, göz yumma, yetinme (TDK Büyük Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>).

² Jean Rivero, *Droit Administratif* (Daloz 1971), 9; Jean Rivero ve Jean Waline, *Droit Administratif*, (Daloz 1998), 11; A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku C.I Genel Esaslar*, (Ankara: Turhan Kitapevi, 2001), 3.

³ AY, m.125: “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır”.

⁴ AY, m. 126: “İllerin idaresi yetki genişliği esasına dayanır”.

⁵ AY, m. 123: “İdare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür kanunla düzenlenir”.

⁶ Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku C.I Genel Esaslar*, 3.

⁷ Rivero, *Droit Administratif*, 9; Rivero ve Waline, *Droit Administratif*, 11.

1. Organik Anlamda İdare Kavramı

Organik anlamda idare, kuruluş (teşkilât) olarak idarenin, devletin üç temel organı arasındaki yerinin belirlenmesini ifade etmektedir. Devletin yasama, yargı ve yürütme olarak üç temel organı bulunduğu göre, idarenin bu organlar içinde nerede yer aldığı belirlenmesi organik anlamda idare kavramını ifade etmektedir.

Organik anlamda idarenin ne olduğunu, başka bir ifade ile idarenin diğer devlet organları içindeki yerini anayasaya bakarak belirlemek mümkündür:⁸

-*Yasama organı-idare ayrımı*: Anayasanın 7.maddesine göre yasama organı, Türkiye Büyük Millet Meclisidir. Yasama organı, yasama faaliyetleri yapmaktadır. İdare, yasama faaliyeti yapmadığına göre, yasama organı dışında yer almaktadır.

-*Yargı organı-idare ayrımı*: Anayasanın 9. maddesine göre, “yargı yetkisi Türk milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır.” Yargı organı, davalar hakkında karar vermek demek olan yargılama faaliyeti yaparlar. İdare, yargılama faaliyeti yapmadığına göre, yargı organı dışında yer almaktadır.

-*Yürütme organı-idare ayrımı*: Anayasanın “Yürütme” başlığını taşıyan 101-137. maddelerinde “yürütme organı”; 1. Cumhurbaşkanı (m.101-108), 2. İdare (m.123-137⁹) şeklinde sıralanmaktadır. Anayasanın bu düzenlemesine göre *idare*’nin, yürütme organının Cumhurbaşkanlığı dışında kalan kısmı ve diğer tüm kamu kuruluşlarını ifade ettiği söylenebilir.¹⁰ Burada şu hususu da belirtmek gerekir. Anayasanın düzenlemesine göre Cumhurbaşkanı, “idare” dışında gibi gözüke de, tamamıyla idare dışında değildirler. Cumhurbaşkanının, Anayasadan ve kanunlardan kaynaklanan birçok idarî nitelikte görev ve yetkileri bulunmaktadır. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı, idarî faaliyetleri bakımından, idare kavramı içinde yer almaktadırlar.¹¹

2. İşlevsel Anlamda İdare Kavramı

İşlevsel anlamda idare kavramı, yapılan faaliyetin hangi organ ya da teşkilât tarafından yürütüldüğüne değil, faaliyetin niteliğine göre belirleme yapılmasını esasına dayanmaktadır. Buna göre yürütülen faaliyet “*idarî faaliyet-idarî işlev*” ya da “*idarî etkinlik*” niteliğini taşıyorsa, bu faaliyeti yürüten birime “işlevsel anlamda idare” denir. Görüldüğü üzere burada “idarî faaliyet” ya da “idarî işlev” kavramının içeriğinin belirlenmesi hayati önemi haizdir. Öğretide değişik tanımlamalar yapılmaktadır.¹² Burada genel olarak idare işlevinin kısa olarak olumsuz bir tanımı yapılabilir; “*yasama ve yargı fonksiyonları dışında kalan tüm kamusal işler, idare işlevini meydana getirir*”.¹³ Başka bir ifade ile yasama, yargı ve yürütmenin, toplumun ortak, kolektif, günlük, teknik ve sürekli ihtiyaçlarını karşılama yönündeki faaliyetleri idare işlevini (idarî faaliyeti) oluşturur.¹⁴ Bu belirlemeden yola çıkarak şunları ifade edebiliriz:¹⁵

⁸ Bu konuda bkz. Metin Günday, *İdare Hukuku* (Ankara: İmaj Yayınları, 2002), 4-7; Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku C.I Genel Esaslar*, 4.

⁹ 1982 Anayasasında idareye ilişkin düzenlemeler. Merkezî idare (m.126); Mahallî idareler (m.127); Yükseköğretim kurumları (m.130-131; Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (m.133); Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu (m.134); Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları (m.135); Diyanet İşleri Başkanlığı (m.136).

¹⁰ Günday, *İdare Hukuku*, 4.

¹¹ Günday, *İdare Hukuku*, 7-9.

¹² İdarî faaliyet (idarî işlev) tanımları hakkında bkz. Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri* (Ankara: Adalet Yayınevi 2024), 67-68.

¹³ Celal Erkut, *İptal Davasının Konusunu Oluşturması Bakımından İdarî İşlemin Kimliği*, (Ankara: Danıştay Yayınları, 1990) 63.

¹⁴ İl Han Özay, *Günüşişimde Yönetim*, (Alfa Yayınları 2002), 338.

¹⁵ Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, 68-69.

-*Yasama faaliyetleri idarî işlev dışındadır*: Bilindiği üzere yasama organının asıl görevi yasama faaliyetleri (kanun koymak, yürütmeyi denetlemek, parlamento kararları almak gibi) yapmaktır. Yasama faaliyetleri, idarî etkinlik (işlev) dışında yer almaktadır.

-*Yargılama faaliyetleri idarî işlev dışındadır*: Yargılama faaliyeti, yargı organı içinde yer alan ve hâkim statüsünde bulunan kişilerden oluşan bağımsız mahkemelerin, davalar hakkında yargılama usûllerine göre karar vermesidir. Bu anlamda yargı faaliyetleri, idarî işlev dışında yer almaktadır.

-*Hükûmet faaliyetleri idarî işlev dışındadır*: “Hükûmet işlemleri”, yürütmenin bazı “üst siyasi yönetim” etkinliklerini ifade etmektedir¹⁶. Yürütme organının, “hükûmet etme işlevi”¹⁷, “siyasî işlev”¹⁸, “politik işler”¹⁹ “hükûmet tasarrufu”²⁰, “hükûmet işlemleri (*actes de gouvernement*)”²¹ gibi isimler verilen faaliyetleri, idarî işlev dışında kalan etkinliklerdir. Meselâ hükûmetin (Cumhurbaşkanının) parlamento ile ilişkilerine yönelik (seçimlerin yenilenmesine karar vermek, Meclis açılış konuşması yapmak, kanunları veto etmek ya da yayımlamak gibi) faaliyetleri, Cumhurbaşkanının uluslararası ilişkilere yönelik (anlaşmaların akdedilmesi veya feshedilmesi ...) faaliyetleri, Cumhurbaşkanının olağanüstü hâl ilanı gibi faaliyetler, hükûmet faaliyetleri niteliğinde olup, idare işlevi dışında kalmaktadır.²²

B. Yasama ve Yargının İşlevsel Anlamda İdare İçinde Yer Alışı

Yukarıda idarî işlevi (idarî etkinliği), toplumun günlük, ortak ve sürekli ihtiyaçlarının karşılanması olarak tanımlamıştık. Bu nitelikteki faaliyetleri, esas itibarıyla yürütme ve onun uzantısı olan idare, yani organik anlamda idare kavramı içinde yer alan kuruluşlar yapmaktadır. Ancak yasama ve yargı organları, hatta bazen özel hukuk kişileri de idarî işleve giren faaliyetler yapabilmektedir. Bu nedenle de işlevsel anlamda idare kavramı içinde yer alabilmektedirler. Burada konumuz açısından yasama ve yargı organlarının işlevsel anlamda idare kavramı içinde yer almaları üzerinde kısaca durmak istiyoruz.

1. Yasama Organı İşlevsel Anlamda İdare İçindedir

Yasama organının yasama faaliyeti (kanun yapmak, parlamento kararları almak, yürütmeyi denetlemek²³) dışında, başkanlık, başkanlık divanı ve genel sekreterlik tarafından yürütülen ve idarî işleve giren faaliyetleri de bulunmaktadır. Örneğin yasama organında istihdam edilen personelin yönetimi (atama, yükselme, disiplin, emeklilik vs.), yasama organının mallarının idaresi gibi konular, yasama organının idare işlevine giren faaliyetleridir.²⁴ Bu faaliyetler bakımından yasama organı da işlevsel anlamda idare kavramı içinde yer almaktadır.

Nitekim Danıştay da konuyu bu şekilde ele almaktadır. “...TBMM Başkanlığınca, TBMM’de görev yapan personel hakkında tesis edilen işlemlere karşı açılan davalarda, bu işlemler fonksiyonel açıdan idarî nitelik taşıdığından... bu konudaki davalar idarî yargı mercilerinin görev alanına girmektedir...”²⁵

¹⁶ A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku C.II Genel Esaslar*, (Ankara: Turhan Kitapevi 2001), 24.

¹⁷ Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları 2009), 26.

¹⁸ Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku* (Beta Yayınları 2009), 19.

¹⁹ Özay, *Günüşğında Yönetim*, 341.

²⁰ Gözübüyük/Tan, *İdare Hukuku C.II Genel Esaslar*, 24.

²¹ René Chapus, *Droit Administratif Général*, (Montchrestien, C.I, 2000), 927; André de Laubaderé, Jean-Claude Venezia ve Yves Gaudemet, *Traité de Droit Administratif* (LGDJ, C.I, 1999), 703.

²² Chapus, *Droit Administratif Général*, 930-934; Rivero, *Droit Administratif*, 149-150; Laubaderé, Venezia ve Gaudemet, *Traité de Droit Administratif*, 704-707; Özay, *Günüşğında Yönetim*, 341; Atay, *İdare Hukuku*, 26-27.

²³ İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri-Genel Esaslar*, (Legal Yayınları 2009), 117.

²⁴ Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku C.II Genel Esaslar*, 136-138; Erkut, *İdari İşlemin Kimliği*, 73 vd.

²⁵ Danıştay 5. D, E.1987/2380, K.1987/1783, 16.12.1987, (DD-70-71, 271.)

2. Yargı Organı İşlevsel Anlamda İdare İçindedir

Yargı organı esas itibarıyla yargılama faaliyeti yapmaktadır. Yargılama faaliyeti, hâkim statüsüne sâhip üyelerden oluşan mahkemelerin, önlerine gelen davaları yargılama usullerine göre görüp karara bağlamasıdır.²⁶ Yargı organının yargılama faaliyeti dışında, idare işlevine giren, idarî nitelikteki işlemleri de bulunmaktadır.²⁷ Adâlet hizmetinin kuruluş ve yürütülüşüne ilişkin düzenleyici ve bireysel işlemler, adâlet hizmetinde çalışan idarî personelin yönetimine (atama, terfi, disiplin, izin, emeklilik gibi) ilişkin işlemler idarî işleve girmektedir.²⁸ Bu faaliyetler bakımından yargı organı da işlevsel anlamda idare kavramı içinde yer almaktadır.

Danıştay'ın içtihadı da yargı organının işlevsel anlamda idare içinde yer aldığı yönündedir. “...Yargı organlarının da idarî nitelikte işlem tesis edebilecekleri ve bu işlemlerin idarî yargıda dava konusu edilebilecekleri açıktır. Ancak, bir yargı merciinin tesis ettiği işlemin, yargısal değil, idarî olduğunu kabul edebilmek için de, söz konusu işlemin bütünüyle idarî işleviyle ilgili olması, yargısal nitelikte bir yetkinin kullanılmasına ilişkin bulunmaması gerekir...”²⁹

C. Yasama ve Yargı Organının Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi

Sözlük anlamı “düzenli hâle koymak, düzen vermek, tanzim ve tertip etmek” olan “düzenleme” kavramı, kamu hukukunda “kural koyma” anlamına gelmektedir.³⁰ Hukuk bilminde kural, “soyut, nesnel ve genel durumları belirleyen norm” demektir.³¹ Buna göre, soyut, genel, herkese yönelik, muhatabının kim olduğu önceden kesin olarak belli olmayan kurallar bütününe düzenleyici işlem denilir.

Soyut ve genel kurallar denilince ilk akla gelen kanundur. Zira maddî anlamda kanun, “genel”, soyut ve “gayri şahsî” (kişisel olmayan) bir hukuk metnini ifade etmektedir.³² Bu yaklaşıma göre genel, soyut ve gayri şahsî olan her hukuk metni “kanun” kavramı içinde yer alır. Ancak Türk hukukunda genel olarak “şekli anlamda kanun” anlayışı kabul edilmektedir. Şekli anlamda kanun, yasama organının, mevzuatta öngörülen usullere göre kanun adı altında yaptığı işlemlerdir.³³ Öte yandan kanun adı altında işlem yapma yetkisi anayasayla münhasıran yasama organına tanınmış bir yetkidir. Buna mukabil, yürütmenin ve yargının yaptığı işlemler, içerikleri bakımından kanuna benzese (genel, soyut gayri şahsî olsa) bile kanun olarak kabul edilemeyecektir.³⁴ Yasama organı kanun yanında, meclis içtüzüğü ve diğer parlamento kararları gibi işlemler de yapabilmektedir. Bunlar da yasama faaliyeti kapsamına girmektedir. Biz burada yasama faaliyeti dışındaki düzenleyici işlemler üzerinde durmaktayız.

Hukukumuzda idare tarafından yapılan idarî düzenleyici işlemler de bulunmaktadır. İdare denilen kuruluşlara bazı kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi görevi yüklenmektedir. Bu görevlerin yerine layıkıyla yerine getirilebilmesi ise idareye bir takım yetkilerin (işlem, eylem ve sözleşme yapma) verilmesi ile mümkün olabilmektedir.

İdarenin düzenleyici işlem yapma yetkisinin kaynağı anayasa olabilmektedir. Nitekim Anayasada, düzenleyici işlemlerden Cumhurbaşkanlığı kararnamesi (m.104) ve yönetmelik (m.124) çıkarma konusunda idareye yetki verilmektedir.

²⁶ Erkut, *İdari İşlemin Kimliği*, 78.

²⁷ Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınevi 2005), 58; Erkut, *İdari İşlemin Kimliği*, 78.

²⁸ Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku*, 58; Erkut, *İdari İşlemin Kimliği*, 79; Rivero, *Droit Administratif*, 147-148; Chapus, *Droit Administratif Général*, 950 vd.

²⁹ Dan. 10. D. E.1990/2918, K.1990/1760, 20.09.1990, (DD.82-83, 1001.)

³⁰ Özay, *Günüştğinde Yönetim*, 347.

³¹ Özay, *Günüştğinde Yönetim*, 347.

³² Erdoğan Teziç, *Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı*, (Fakülteler Matbaası 1972), 33.

³³ Teziç, *Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı*, 39.

³⁴ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2000), 174-175.

İdarenin düzenleyici işlem yapma yetkisinin kaynağı kanunlar olabilmektedir. İdarenin düzenleyici işlemleri, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve yönetmelikten ibaret değildir. Kanunlarda “yönerge”, “genelge”, “genel emir”, “tebliğ”, “tarife”, “kılavuz”, “imar planı” “sınav ilanı” gibi isimleri taşıyan, içinde kural içeren düzenleyici işlemlerden bahsedilmektedir. Anayasada zikredilmediği için bunlara “adsız düzenleyici işlemler” ya da “yönetmelik benzeri düzenleyici işlemler” de denilmektedir.³⁵ Yönetmelik benzeri bu işlemlerin düzenleyici nitelikte olup olmadıkları, işlemin adına göre değil, içeriğine göre belirlenir. İçeriği soyut ve genel durumları belirliyorsa işlem düzenleyici niteliktedir.³⁶

İdarenin düzenleyici işlem yapma yetkisinin kaynağı, yürütme (idare) işlevinin niteliğinden kaynaklanabilir.³⁷ Anayasa Mahkemesi, kanuna aykırı olmamak kaydıyla, Anayasada belirtilenler dışında düzenleyici işlemler yapma konusunda idarenin yetkili olduğunu ve bunun “yürütme görevinin bir gereği” olduğu yönünde içtihatla bulunmaktadır. “...Yürütme organının tüzükler dışında yasanın buyruğuna uyararak ve yasaya aykırı olmamak koşuluyla genel nitelikte hukukî tasarrufla bulunması yürütme görevinin bir gereğidir...”³⁸

Yine Anayasa Mahkemesi’ne göre, yürütmenin anayasada belirtilenler dışında düzenleyici işlem yapamayacağının kabul edilmesinin, kamu hizmetlerinin ve kamu düzeninin gereklerinin yerine getirilmesinde idareyi iş yapamaz hale getirir. Mahkeme Anayasada düzenlenen yönetmelik yapma yetkisi dışında yürütmenin düzenleme yetkisinin olduğunu belirtmektedir. “...Bunlar dışında yürütme organına bir yetki tanınmamış olduğu gibi bir düşünceye varılması doğru olmaz. Yürütme organının bu maddeler dışında yasanın verdiği yetkiye uyararak genel nitelikte hukukî tasarrufla bulunması idare hukuku esaslarına uygundur. Bunun aksini kabul etmek, yürütme faaliyetini çok dar ve işlemesi güç bir çerçeve içine sokmak ve özellikle kamu güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı yakından ilgilendiren çok acil olayların çıkmasında bir iş yapamaz, tedbir alamaz hale getirmek demek olur ki, bunun da ne ülke yararına ne de Anayasanın ruhuna uygun düşmeyeceği ve idare fonksiyonunun gerekleriyle bağdaşmayacağı ortadadır...”³⁹

Danıştay’ın içtihadının da Anayasa Mahkemesiyle paralel olduğunu söyleyebiliriz. Danıştay’a göre, Anayasa ve kanunda idareye düzenleyici işlem yapma konusunda açık bir yetki verilmemiş olsa bile, idare yine de düzenleme yapma yetkisi hukukun genel ilkesinin bir gereğidir. Nitekim Danıştay’ın 1972 tarihli bir kararında, valiliğin kanunda öngörülme-yen bir konuda yaptığı düzenleyici işleme karşı açılan davada şöyle denilmektedir: “...Kamu yararının gerektirdiği hallerde, idarenin genel nitelikte düzenleme yetkisine sahip olduğu hukukun genel ilkelerindendir. Bu nedenle idarenin toplum ve hizmet yararına bir alanı düzenlemesi için mutlak surette idareye bu hususta yetki tanıyan bir metnin varlığı zorunlu değildir”⁴⁰

Danıştay’ın bu yönde başkaca kararları da bulunmaktadır. “...Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kayıt ve şartıyla idarenin genel ve aslî bir düzenleme yapma yetkisine sahip olduğu yolunda...idare hukuku ilkesi (bulunmaktadır)...”⁴¹ “...Hiçbir yasal temeli olmasa dahi idarenin genel düzenleme yetkisi içerisinde düzenlemelerde bulunması (mümkündür)...”⁴² “İdarenin kendi görev alanı içerisinde Anayasa ve yasalara uygun olmak koşuluyla genel ve soyut nitelikte kurallar koymak için düzenleyici işlemler yapmak yetkisi de bulunmaktadır. Anayasada düzenleyici işlemler...yönetmelikler olarak belirtilmiş ise de idarenin düzenleme yetkisi bununla sınırlı olmayıp idareler değişik adlar altında de (genelge, tamim, sirküler vd.) düzenleyici işlemler yapmaktadırlar...”⁴³

³⁵ Özay, *Günüşğinde Yönetim*, 349-350.

³⁶ Özay, *Günüşğinde Yönetim*, 348; Gözübüyük/Tan, *İdare Hukuku C.I Genel Esaslar*, 124-125.

³⁷ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 20; Özay, *Günüşğinde Yönetim*, 348.

³⁸ AYM, E.1963/4, K.1963/71, 28.3.1963, Aynı yönde bkz. AYM, E.1962/111, T.10.12.1962; AYM, E.1963/71, T.28/03/1963; AYM, E.1973/24, T.07/06/1973; AYM, E.1994/57, K.18/07/1994.

³⁹ AYM, E.1973/12, K.1973/24, T.7.6.1973.

⁴⁰ Danıştay DDK, E.1968/709, K.1972/364, T.28.4.1972, (AİD, C.5, S.4, 201.)

⁴¹ Danıştay DDK, E.1970/453, K.1972/385, T.5.5.1972, (AİD, C.5, S.3, 193.)

⁴² Danıştay DDK, E.1972/358, K.1974/437, T.5.4.1972.

⁴³ Danıştay İDDK, E.2006/3196, K.2008/1179, T.11.4.2008, (DD.119, 63.)

Burada yürütme yetkisinin kanuna dayanma (*secundum legem*) zorunluluğu olup olmadığına da kısaca değinmek gerekir. Anayasanın 8. maddesinde yer alan “Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir” hükmü, yürütme yetkisinin kanunlara dayanma zorunluluğunu değil, kanunlara uygun olma/kanunlara aykırı olmama (*intra legem*) kuralını ifade etmektedir. Dolayısıyla Anayasada, idarenin tüm düzenleyici işlemleri için kanuna dayanma değil, kanunlara uygun olma (ya da kanunlara aykırı olmama) kuralı yer almaktadır. Buna göre idare, kanunlara aykırı olmamak kaydıyla düzenleyici işlem yapma yetkisine sahiptir. Bu durum özellikle idarenin adsız düzenleyici işlemleri (yönerge, esas, kılavuz vs.) için geçerlidir.

Yönetmelik bakımından durum biraz farklıdır. Anayasanın 124. maddesinde “Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler” hükmü yer almaktadır. Bu hükümden, yönetmeliğin kanuna dayanması zorunluluğu çıkmaktadır. Bu durumda yönetmeliğin, başka bir yönetmeliğe dayandırılması söz konusu olamaz. Ancak Danıştay, yönetmeliğin başka bir yönetmeliğe dayanılarak çıkarılıp çıkarılamayacağı konusunda farklı kararlar vermektedir. Danıştay 1994 tarihli bir kararında, yönetmeliğin başka bir yönetmeliğe dayanılarak çıkarılabileceğine hükmetmiştir.⁴⁴ Buna mukabil 1996 tarihli bir kararda ise, yönetmeliğin ancak kanuna dayanılarak çıkarılabileceğine, başka bir yönetmeliğe dayanılarak çıkarılamayacağına karar vermiştir.⁴⁵

Anayasaya göre temel hak ve özgürlükler (m.13), suç ve ceza (m.38), vergi yükümlülükleri (m.73) ancak kanunla düzenlenebilir. Bu konularda idarî düzenleme yapılabilmesi için öncesinde konu mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekir. Kanunla düzenlenmediği müddetçe bu konularda idarî düzenleme yapılamaz.

Yasama ve yargı organının (yüksek mahkemelerin), devlet tüzel kişiliği dışında ayrı bir tüzel kişiliğe sahip değildir. Devlet tüzel kişiliğinin içindedirler. Şu halde tüzel kişiliği haiz olmayan yasama ve yargı organı yönetmelik yapabilir mi sorusu cevaplandırılmalıdır.

Uygulamada tüzel kişiliği bulunmayan idarî birimlere kanunla yönetmelik yapma yetkisi verildiği görülmektedir. Meselâ tüzel kişiliği bulunmayan Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından, 6087 sayılı Kanunun verdiği yetkiye dayanarak (m.45), Kanun Yolu Değerlendirme Formlarının Düzenlenmesine İlişkin Yönetmelik yapılmıştır.⁴⁶ Tüzel kişiliği olmamakla birlikte, icraî işlemler yapabilen idarî birimlerin yönetmelik yapabileceği yönünde görüş bulunmaktadır.⁴⁷ Buna karşın, tüzel kişiliği bulunmayan idarelerin yönetmelik yapamayacağı, yönetmeliklerinin, hiyerarşisi içinde bulundukları kamu tüzel kişileri, bakanlıklar veya Cumhurbaşkanı tarafından yapabileceği belirtilmektedir.⁴⁸ Danıştay, Anayasanın 136. maddesi gereğince genel idare içinde yer alan ve Cumhurbaşkanlığına bağlı olan Diyanet İşleri Başkanlığı’nın tüzel kişiliği bulunmadığından, Başkanlığın hazırladığı yönetmeliğin Cumhurbaşkanlığı tarafından çıkarılması gerektiği yönünde karar vermiştir.⁴⁹

Anayasanın 124. maddesine göre yönetmelik çıkarma yetkisi, a) Cumhurbaşkanı, b) bakanlıklar ve c) diğer kamu tüzel kişilerine aittir. Bu düzenlemeye göre, tüzel kişiliğe sahip olmayan kuruluşların, adsız düzenleyici işlemler (yönerge, esaslar vs.) yapma yetkisi varsa da, “yönetmelik” adında düzenleyici işlem yapma yetkisi bulunmamaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere yasama ve yargı organı da işlevsel anlamda idare kavramı içinde yer almaktadır. Bunlar idarî işlev gereği bireysel işlemler yanında düzenleyici işlemler yapma yetkisini de haizdirler. Kanunlarda öngörülmesi halinde veya idarî işlevin niteliği gereği yönetmelik benzeri (yönerge, genelge, tebliğ, esaslar, tarife, kılavuz ...) düzenleyici işlemler yapabilirler. Ancak Anayasanın

⁴⁴ Danıştay İDDK, E.1992/523, K.1994/37, T.28.1.1994.

⁴⁵ Danıştay 6. D, E.1996/91, K.1996/929, T.28.2.1996.

⁴⁶ RG. 30.09.2016, S.29843.

⁴⁷ Atay, *İdare Hukuku*, 87.

⁴⁸ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya *Türk İdare Hukuku*, (Ankara: Savaş Yayınları 2011), 64.

⁴⁹ Danıştay 5. D, E.1986/1983, K.1988/2866, T.24.5.1988.

124.maddesi gereği, yönetmelik adında düzenleyici işlem yapma yetkileri bulunmamaktadır. Ancak adsız düzenleyici işlemlere (yönerge, esaslar vs.), yönetmelik benzeri düzenleyici işlemler de denilir ve yönetmeliğin hukukî rejimine tabidirler. Yönetmelik yapma yetkisi yoktur demek, sadece bir isimlendirme meselesidir. Sadece “yönetmelik” ismiyle düzenleyici işlemle yapamazlar, aynı sonuca ulaşmak üzere adsız düzenleyici işlemler yapabilirler. Durum bu olmakla beraber aşağıda detaylı olarak açıklanacağı üzere yasama ve yargı organına yönetmelik kanunla yönetmelik yapma yetkisi verilmektedir.

II. YASAMA VE YARGI ORGANININ YÖNETMELİK YAPMA YETKİLERİ

Anayasanın “yönetmelikler” başlığını taşıyan 124. maddesi, devlet tüzel kişiliği bünyesinde yönetmelik yapma yetkisini Cumhurbaşkanı ve bakanlıklara vermiştir. Buna rağmen kanunlarda yasama ve yargı organına (yüksek mahkemelere) yönetmelik yapma yetkisi verildiği ve onların da yönetmelik ismiyle düzenlemeler yaptığı görülmektedir.

A. Yasama Organının Yönetmelik Yapma Yetkisi

Anayasanın 124. maddesinde devlet tüzel kişiliği içinde, yönetmelik yapabilecek merciler arasında açıkça sayılmamasına, yasama organına (Türkiye Büyük Millet Meclisi) kanunla ve meclis içtüzüğü ile yönetmelik yapma yetkisi verilmekte ve yönetmelik adı altında düzenleyici işlemler yapılmaktadır.

1. Kanunla Verilen Yönetmelik Yapma Yetkisi

2011 tarihli ve 6253 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilat Kanunu yasama organına (Türkiye Büyük Millet Meclisi) yönetmelik yapma yetkisi verilmektedir. Bu düzenlemeler şöyledir.

Kanunun 27. maddesinde, yasama organına yönetmelik yapma konusunda genel bir yetki verilmektedir. Zira maddede “*Başkanlık Divanı ve TBMM Başkanlığı; İdari Teşkilatın görev, yetki ve sorumluluk alanına giren ve önceden kanunla düzenlenmiş konularda idari düzenlemeler yapabilir*” denilmektedir. Maddenin devamında “*Bu madde uyarınca çıkarılacak yönetmeliklerden Başkanlık Divanınca uygun görülenler Resmî Gazetede veya uygun araçlarla yayımlanır*” hükmüne yer verilmektedir. Birinci cümlede yer alan “düzenlemeler” kavramının içinde yönetmeliklerin de dâhil olduğu anlaşılmaktadır.

Kanunun muhtelif maddelerinde, yasama organınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenecek konular belirtilmektedir. Mesela 29/7. maddede yasama organında istihdam edilecek personelde aranacak özel şartlar ve sınavlar ile atamaya ilişkin usul ve esasların Başkanlık Divanınca çıkarılacak bir yönetmelikle düzenleneceği belirtilmektedir. Kanunun 31/4. maddesinde, “*yasama uzman yardımcılarının mesleğe alınması, yarışma sınavı, yetiştirilmesi, tez hazırlama ve yeterlik sınavının şekil ve uygulama esasları ile yasama uzmanı ve yasama uzman yardımcılarının görevleri, çalışma usul ve esasları, bunların yurt içi ve yurt dışı eğitimleri ve diğer hususlar Başkanlık Divanınca çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenir*” hükmü yer almaktadır. Yine Kanunun 32/5. maddesinde, “*Stenografi kursunun düzenlenmesi ve yürütülmesi, stenograf yardımcılarının mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri, yeterliklerinin tespiti ile stenograf ve stenograf yardımcılarının görevleri ile çalışma usul ve esasları, yurt içi ve yurt dışı eğitimleri ve diğer hususlar Başkanlık Divanınca çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenir*” denilerek yasama organına yönetmelik yapma yetkisi verilmektedir.

Burada şunu da ifade etmek gerekir. Yasama organına yönetmelik yapma yetkisi sadece 6253 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilat Kanunu ile verilebilir denilemez. Yasama organının idarî işleve giren görevleri bakımından başkaca kanunlarda da yönetmelik yapma yetkisinin verilmesi mümkündür.

2. Meclis İçtüzüğü ile Verilen Yönetmelik Yapma Yetkisi

İçtüzük, yasama organının tarafından belirlenen ve kendi iç işleyişini düzenleyen kurallar bütünüdür. 1982 Anayasa’sının 95. maddesinde yer alan “*Türkiye Büyük Millet Meclisi, çalışmalarını, kendi yaptığı içtüzük hükümlerine göre yürütür*” hüküm, yasama organına “İçtüzük” ismi verilen düzenleyici işlem yapma yetkisi vermektedir. Yine Anayasanın 88. maddesindeki “*Kanun*

tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülme usul ve esasları içtüzükle düzenlenir” hüküm de yasama organının içtüzük yapma yetkisinin bir başka anayasal dayanağını oluşturmaktadır. Bu anayasal dayanak gereğince de Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü yapılmıştır.

1961 Anayasası’nın 85. maddesiyle yasama organına verilen içtüzük yapma yetkisine dayanılarak ve halen yürürlükte olan 1973 tarih ve 584 numaralı Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ile yasama organına yönetmelik yapma yetkisi verilmektedir. Mesela 166. maddede Meclis ziyaretçilerinin ziyaret usûllerinin, 166. maddede, basın mensuplarının meclise girebilmeleri esaslarını, 173. maddede Meclis kütüphane ve arşivinden faydalanma şartlarının, 175. maddede milletvekillerine verilen belgeler ve tanıtıcı işaretlere ilişkin huşuların, Başkanlık Divanınca yapılacak bir yönetmelikle düzenleneceği hüküm altına alınmaktadır.

İçtüzük ile yasama organına yönetmelik yapma yetkisi verilebilir mi? Bu sorunun cevaplandırılması için, içtüzüğün hukukî niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir. Yasama organının, yasama işlevine ilişkin işlemleri, öğretilerdeki farklı tasniflere rağmen⁵⁰, genel olarak “kanun” ve “parlamento kararları” olarak ikiye ayrılmaktadır.⁵¹ Parlamento kararı, TBMM Genel Kurulunca yapılan ve kanun dışındaki işlemleri ifade etmektedir.⁵² Parlamento kararları da kendi içinde “İçtüzük” ve diğer parlamento kararları şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Konumuzu ilgilendiren içtüzüktür. İçtüzükler parlamento kararlarının (yasama kararı) bir türünü oluşturmaktadır. Yapan organ ve yapılış usulü bakımından kanunlardan ayırmak pek mümkün değildir. Ancak konu, yer ve muhatapları açısından kanundan ayrılırlar. Zira içtüzükler sadece yasama organının iç işleyişi ile ilgili olup, kişiler için hak ve yükümlülükler getirmez.⁵³

İçtüzüğün hukukî niteliği nedir? Normlar hiyerarşisi açısından kanunun üstünde mi, kanunla aynı seviyede midir? Yasama organı içtüzüğünün, normlar hiyerarşisindeki yeri konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüş anayasa ile kanun arasında yer aldığı yönündedir.⁵⁴ Diğer bir görüş ise içtüzüğün kanunla aynı seviyede olduğu şeklindedir.⁵⁵ Kanaatimizce de içtüzük, kanunla aynı seviyede bir hukuk metnidir. Bu yönüyle içtüzük yasama organının “sessiz anayasası”⁵⁶ veya “iç kanunu” olarak nitelendirilebilir. Nitekim Anayasa’nın 104 ve 148. maddesi içtüzüğün yargısal denetiminin, kanunlar gibi Anayasa Mahkemesi’nde yapılacağını öngörmektedir. Sonuç itibarıyla, kanunla aynı seviyede olan, bir nevi kanun gücünde olan içtüzük ile yasama organına yönetmelik yapma yetkisi verilmesi hukuken mümkündür.

3. Yasama Organınca Yapılan Yönetmelikler ve Yönergeler

Kanun ve İçtüzükten kaynaklanan yetkiye dayanarak yasama organı tarafından çıkarılmış 34 civarında yönetmelik bulunmaktadır.⁵⁷

⁵⁰ Yasama organının, yasama işlevine ilişkin işlemlerinin değişik tasnifleri hakkında bkz. Sezgin Baş, *Türk Anayasa Hukukunda Yasama İşlemleri Teorisi ve Parlamento Kararları*, (On İki Levha Yayınevi 2016), 58-60.

⁵¹ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları 2013), 217; Erdoğan Teziç, *Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve Anayasa Mahkemesi Kararları*, (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1980), 22; Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, (Konya: Mimoza Yayıncılık 2014), 175; Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, (Ankara: Seçkin Yayınevi 2023), 682.

⁵² Abbas Kılıç, *Türkiye’de Parlamento Kararlarının Hukuki Rejimi*, (Adalet Yayınevi 2020), 56.

⁵³ Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, 683.

⁵⁴ İsmail Yüksel, *TBMM’nin Kanun Yapma Yöntemi*, (Adalet Yayınevi 2018), 4; Yahya Berkol Gülgeç, *Normlar Hiyerarşisi*, (On İki Levha Yayınevi 2016), 129.

⁵⁵ Fahri Bakırcı, *TBMM’nin Çalışma Yöntemi*, (İmge Kitapevi, 2000), 45; Kılıç, *Türkiye’de Parlamento Kararlarının Hukuki Rejimi*, 61; Baş, *Türk Anayasa Hukukunda Yasama İşlemleri Teorisi ve Parlamento Kararları*, 138.

⁵⁶ Tarık Zafer Tunaya, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku* (Eğitim, Araştırma ve Ekin Yayınevi 1982).

⁵⁷ Bu yönetmeliklerden şu örnekleri verebiliriz: (1) Milletvekillerine ve Yasama Organı Eski Üyelerine Rozet Verilmesine Dair Yönetmelik. (2) TBMM Başkanlığı Stenografi Kursu ve Stenografik Yönetmeliği. (3) TBMM Başkanlığı Ulaştırma Hizmetleri Yönetmeliği. (4) Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari

Bu yönetmeliklerden 7'si, 6253 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilat Kanunu'nun, yasama organına idarî düzenleme yetkisi veren 27. maddesine⁵⁸, 4'ü aynı kanunun muhtelif maddelerine (m.29,31,32,36) dayanılarak çıkarılmıştır. 1'i ise 2919 sayılı TBMM Genel Sekreterliği Teşkilat Kanununa dayanılarak hazırlanmıştır. Yönetmeliklerden 2'si, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'ne (m.175, 182); 4'ü, 6253 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilat Kanunu'nu ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'ne; 14'ü, 6253 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilat Kanunu ve diğer kanunlara⁵⁹; 1'i 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanuna dayanılarak çıkarılmıştır. TBMM Başkanlığı Evrak Yönetmeliği ise hiçbir kanunî dayanak gösterilmeden çıkarılmıştır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi resmî internet sayfasında, yasama organı tarafından çıkarılan 15 adet “yönerge” bulunmaktadır.⁶⁰ Bu yönergelerden 5'i, 6253 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatı Kanununun 27. maddesine; 2'si, 6253 sayılı Kanun ve diğer kanunlara; 1'i TBMM İçtüzüğüne; 1'i 6253 sayılı kanun ve TBMM İçtüzüğüne; 1'i başka kanunlara; 1'i 6253 sayılı kanun ve yönetmeliğe; 2'si TBMM tarafından yapılan yönetmeliğe dayanılarak çıkarılmıştır. Bunlardan TBMM Temsil ve Tanıtma Giderleri Yönergesi ise hiçbir dayanak gösterilmeden çıkarılmıştır. Türkiye Büyük Millet Meclisi resmî internet sayfasında, yasama organı tarafından çıkarılan 12 adet “esaslar” ismiyle düzenleyici işlem yer almaktadır.⁶¹ Bu işlemler “adsız düzenleyici işlemler” içinde yer alır. Yukarıda açıklandığı üzere Yasama organının adsız düzenleyici işlem yapma yetkisi vardır.

B. Yargı Organının Yönetmelik Yapma Yetkisi

Anayasanın 124. maddesinde devlet tüzel kişiliği içinde yönetmelik yapabilecek merciler arasında sayılmamasına rağmen, kanunlarda yargı organına (yüksek mahkemelere) yönetmelik yapma yetkisi verildiği görülmektedir. Burada Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve Yargıtay'ı inceleme konusu yapacağız.

1. Anayasa Mahkemesi'nin Yönetmelik Yapma Yetkisi

Anayasanın 124. maddesinde, yönetmelik yapabilecekler içinde Anayasa Mahkemesi yer almamaktadır. Anayasanın, Anayasa Mahkemesine ilişkin düzenlemelerinde (m.146-153) yönetmelik yapabileceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Sadece 149. maddede içtüzük yapma yetkisi verilmektedir. Bu düzenleme şu şekildedir: “*Anayasa Mahkemesinin kuruluşu, Genel Kurul ve bölümlerin yargılama usulleri, Başkan, başkanvekilleri ve üyelerin disiplin işleri kanunla; Mahkemenin çalışma esasları, bölüm ve komisyonların oluşumu ve işbölümü kendi yapacağı İçtüzükle düzenlenir*”. Ancak Anayasa Mahkemesine kanunla ve içtüzükle yönetmelik yapma yetkisi verildiği görülmektedir.

2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da Anayasa Mahkemesine yönetmelik yapma yetkisi verilmektedir.

Teşkilatı Personelinin Uluslararası Kuruluşlarda Görevlendirilmesi Hakkında Yönetmelik. (5) TBMM Başkanlığı Evrak Yönetmeliği.

⁵⁸ Madde 27- (1) “Başkanlık Divanı ve TBMM Başkanlığı; İdari Teşkilatın görev, yetki ve sorumluluk alanına giren ve önceden kanunla düzenlenmiş konularda idari düzenlemeler yapabilir”.

⁵⁹ 6253 sayılı kanun ile birlikte yönetmeliğe dayanak gösterilen kanun örnekleri: 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 4857 sayılı İş Kanunu, 3671 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyelerinin Ödenek, Yolluk ve Emekliliklerine Dair Kanunun, 2946 sayılı Kamu Konutları Kanunu, 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunun, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun, 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu.

⁶⁰ Bu yönergelere şu örnekleri verebiliriz: (1) Kanun Teklifi Taslağı Hazırlama Yönergesi. (2) TBMM Başkanlığı İdari Teşkilatı Ön Mali Kontrol İşlemleri Yönergesi. (3) TBMM Başkanlığı İç Denetim Yönergesi. (4) TBMM Başkanlığı Kayıp ve Buluntu Eşya Yönergesi. (5) TBMM Temsil ve Tanıtma Giderleri Yönergesi.

⁶¹ Söz konusu esaslara örnekler: (1) TBMM Başkanlığı Cenaze Töreni Esasları. (2) Türkiye Büyük Millet Meclisi Toplantı Ses ve Görüntü Kayıtları Esasları. (3) TBMM Mali Yönetim ve Kontrol Sisteminin Uygulanmasına İlişkin Esaslar. (4) Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatı Kimlik, Tanıtım ve Giriş Kartlarının Başvuru, Basım, Tanımlama ve Yetkilendirme İşlemlerine İlişkin Esaslar.

Kanunun 13. maddesinde, Anayasa Mahkemesince yapılan yönetmeliklerin Başkan tarafından onaylanacağına ilişkin genel bir düzenleme yer almaktadır. Bu hükme göre, Anayasa Mahkemesi yönetmeliklerini yapma yetkisi Başkana verilmiştir.

Kanunun muhtelif maddelerinde yönetmelikle düzenlenecek konular belirtilmektedir. Bu konulardan bazıları şunlardır: Genel Sekreterliğe bağlı birimlerin çalışma esasları (m.23/1). Genel sekreter yardımcıları arasında iş bölümüne ilişkin esaslar (m.23/4). Raportör yardımcılığı adaylığına giriş sınavı usul ve esasları, adaylık eğitiminin şekli ve şartları, adaylık süresi sonunda yapılacak sınavın usul ve esasları ile raportör yardımcılarının hazırlayacakları tezlerin şekil ve kapsamı ile diğer hususlar (m.27/7). Yüksek Disiplin Kurulu'nun çalışma usul ve esasları ile sair hususlar (m.28/3). Hizmet birimlerinin görev ve sorumlulukları (m.29/3). Mahkemenin müzakere kayıtlarının muhafazası ve kullanımına ilişkin esaslar (m.44/1). Mahkemede staj yapan hâkim ve savcı yardımcılar ile avukat stajyerleri, staj uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar (m.73/A,1).

Anayasanın 149. maddesinde “*Mahkemenin çalışma esasları, bölüm ve komisyonların oluşumu ve işbölümü kendi yapacağı İçtüzükle düzenlenir*” hükmü yer almaktadır. Bu hükme paralel olarak 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 5. maddesinde belirtilen konuları düzenlemek üzere Genel Kurul tarafından İçtüzük çıkarılacağı düzenlenmektedir. Bu yetkiye dayanılarak Anayasa Mahkemesince, halen yürürlükte olan 2012 tarihli Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü yapılmıştır. Kanunun 5. maddesinde ve muhtelif maddelerde⁶² içtüzükle düzenlenecek konular belirtilmektedir.

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünde yönetmelikle ilgili düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemeler çoğunlukla 6216 sayılı Kanunun hükümlerinin tekrarı şeklindedir. İçtüzüğün 10. maddesinde, mahkeme tarafından yapılan yönetmeliklerin Başkan tarafından onaylanacağı kuralı tekrarlanmaktadır.

İçtüzüğün muhtelif maddelerinde yönetmelikle düzenlenecek konular belirtilmektedir. Bu konulardan bazıları şunlardır. Genel Sekreterlik teşkilatı ve diğer hizmet birimlerinde çalışan memur ve hizmetlilerin görevleri ile bu görevlerin nasıl yürütüleceğine ilişkin esaslar (m.35/4). Raportörler için 2802 sayılı Kanunda hüküm bulunmayan hususlar (m.40/2). Yüksek Disiplin Kurulu'nun çalışma usul ve esasları (m.41/5). Mahkemenin müzakere kayıtlarının muhafazası ve kullanımına ilişkin esaslar (m.54/5). Mahkeme birimlerinin ihtiyaçlarına göre tutulması gerekli defter ve kayıtlara ilişkin esaslar (m.85). Yurt dışına gönderilme esas ve usulleri ile gözetilecek kriterler (m.90/4).

Burada Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün hukukî niteliği üzerinde durmak istiyoruz. Anayasa Mahkemesine içtüzük yapma yetkisi, Anayasanın 149. maddesi ile verilmektedir. Yasama organına da anayasayla içtüzük yapma yetkisi verildiği ve yasama organı içtüzüğünün kanunla aynı seviyede bir hukuk metni olduğuna yukarıda işaret etmiştik. Ay sonuç Anayasa Mahkemesi içtüzüğü için de geçerli midir? Bu soruya evet cevabı vermek pek mümkün değildir. Yasama organı içtüzüğü, kanun adı altında münhasır yetkiye sahip olan bir mercii (TBMM) tarafından yapılmakta ve Anayasanın 150.maddesi gereğince kanunlar gibi Anayasa Mahkemesi denetimine tabidir. Buna nazaran Anayasa Mahkemesi içtüzüğü, yargı organı tarafından yapılmakta ve Anayasa Mahkemesi'nin yargısal denetimine ilişkin Anayasada bir açıklık bulunmamaktadır. Bu yüzden Anayasa Mahkemesi içtüzüğünün kanunla aynı seviyede olması mümkün değildir. Şu halde Anayasa Mahkemesi içtüzüğünü, yönetmelikle aynı düzeyde bir düzenleme olarak kabul etmek gerekir. Bu durumda Anayasayla yönetmelik seviyesinde bir düzenleyici işlem olan içtüzük yapma konusunda yetkili kılınan Anayasa Mahkemesinin, yönetmelik yapma konusunda yetkili kabul edilmesi gerektiğini söyleyebiliriz.

Anayasa Mahkemesi kanundan ve içtüzükten kaynaklanan yetkisine dayanarak yönetmelikler yapmıştır. Mahkemenin resmî internet sitesinde 6 adet yönetmelik bulunmaktadır.⁶³

⁶² 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 16, 22, 23, 26, 47, 48, 49, 50, 66. maddelerinde içtüzükle düzenlenecek konular belirtilmektedir.

⁶³ (1) Anayasa Mahkemesi Hizmet Birimlerinin Görevleri, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik. (2) Anayasa Mahkemesi Raportör Yardımcısı Adaylarının Eğitimi Hakkında Yönetmelik. (3) Anayasa Mahkemesi Kadrolarına Atanan Raportörlerin Sınıfları, İlerlemeleri ile Birinci Sınıfa Ayrılma Usul ve Esasları Hakkında

Söz konusu yönetmeliklerden 3'ü 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 27. maddesine, 1'i 25. maddesine dayanılarak çıkarılmıştır. Yönetmeliklerden 1'i 6216 sayılı Kanunun 23 ve 29 maddeleri ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 35,85 ve 89. maddelerine dayanılarak yapılmıştır. Yönetmeliklerden 1'i ise 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na dayanılarak yapılmıştır.

2. Danıştay'ın Yönetmelik Yapma Yetkisi

Anayasanın 124. maddesinde, yönetmelik yapabilecek merciler arasında Danıştay sayılmamaktadır. Anayasanın Danıştay'ı düzenleyen 155. maddesinde de Danıştay'ın yönetmelik yapabileceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak 2575 sayılı Danıştay Kanunu, Danıştay'a "İçtüzük" ve "yönetmelik" yapma yetkisi vermekte, Danıştay da bu düzenlemeleri yapmaktadır. İçtüzük ve yönetmelik yapma yetkisi Danıştay Genel Kurulu'na verilmiştir.

2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 45. maddesinde yer alan "*Danıştay Genel Kurulu, bu Kanunla ve diğer kanunlarla bu Kurula verilen seçim görevleri ile diğer görevleri yapar ve bu Kanunda öngörülen içtüzük ve yönetmelikleri kabul eder*" şeklindeki düzenleme ile Danıştay'a "İçtüzük" ve "yönetmelik" yapma konusunda genel bir yetki verilmektedir. Kanunun 63. maddesinde içtüzükle düzenlenmesi gereken konular belirtilmektedir.⁶⁴ Danıştay tarafından yapılan ve hâlen yürürlükte olan "İçtüzük", 31 Ocak 2002 tarih ve 24657 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Kanunun Danıştay'a yönetmelik yapma konusunda genel bir yetki veren 45. maddesi yanında, çeşitli maddelerde yönetmelikle düzenlenecek konular belirtilmektedir. Mesela tetkik hâkimlerinin görev yerlerinin değiştirilme esasları (m.11/3), memurların nitelikleri, atanmaları, istihdamı, nakilleri ve görevlendirilmeleri esasları (m.12/4), yurt dışına gönderilme esasları (m.65), tasnif ve yayın bürosunun kuruluş ve görevleri (m.88), dosyaların ve diğer evrakın saklanması ilişkin esaslar (m.92), Danıştay personelinin kıyafetleri (m.94) yönetmelikle düzenlenecektir.

Danıştay, kanunla verilen yetkisine dayanarak yönetmelikler yapmıştır. Danıştay Kanunu'nun 11.maddesine dayanılarak Danıştay Tetkik Hâkimlerinin Görev Yaptıkları Daire ve Kurulların Değiştirilmesinde Uygulanacak Esaslara İlişkin Yönetmelik; Kanunun 65.maddesine dayanılarak Yurt Dışına Gönderilecek Danıştay Meslek Mensuplarının Seçimleri ile Diğer Esasların Belirlenmesine İlişkin Yönetmelik; Kanunun 88 ve 7.maddesine dayanılarak Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Kuruluş ve Görev Yönetmeliği; Kanunun 92. maddesine dayanılarak Danıştay Arşiv Yönetmeliği; Kanunun 94.maddesine dayanılarak Danıştay Kıyafet Yönetmeliği; Kanunun 94.maddesine dayanılarak Danıştay Memurları Sicil Amirleri Yönetmeliği yapılmıştır.

Burada öncelikle Danıştay İçtüzüğü'nün hukukî niteliği üzerinde durmak istiyoruz. Yukarıda açıklandığı üzere Anayasa Mahkemesine içtüzük yapma yetkisi, Anayasanın 149. maddesi ile verilmektedir. Buna mukabil Anayasada Danıştay'ın içtüzük yapması konusunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu yetki 2575 sayılı Danıştay Kanunu ile verilmiştir. Kanaatimizce Danıştay içtüzüğü, yönetmelik seviyesinde bir düzenleyici işlemdir ve yönetmeliğin hukukî rejimine tabidir. Daha önce işaret edildiği üzere Anayasanın 124.maddesi devlet tüzel kişiliği içinde sadece Cumhurbaşkanı ve bakanlıklara yönetmelik yapma yetkisi vermiştir. Bu durumda Danıştay'ın yönetmelik adı altında ve yönetmelikle aynı seviyede olduğunu düşündüğümüz içtüzük adıyla düzenleyici işlem yapma yetkisi bulunmamaktadır. Danıştay ancak adsız düzenleyici işlem (yönerge, esaslar vs.) yapma yetkisi bulunmaktadır.

Yönetmelik. (4) Anayasa Mahkemesi Raportör Yardımcısı Adaylığı Giriş Sınavı Yönetmeliği. (5) Anayasa Mahkemesi Raportör Yardımcılığı Tez Yönetmeliği. (6) Anayasa Mahkemesi Personelinin Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliğine İlişkin Yönetmelik.

⁶⁴ 2575 sayılı Danıştay Kanunu Madde 63 – "*Danıştay meslek mensuplarının ve tetkik hâkimleri ile savcılarının yukarıdaki maddelerde yazılı görevlerinin uygulanmasına idari daire ve kurulların çalışma usullerinin düzenlenmesine ve 7 nci maddede yazılı müdürlükler, bürolar ve kalemlerin görevlerinin ifasına ve işlerin belirli sürelerde sonuçlandırılmasına ilişkin hükümler Danıştay İçtüzüğünde gösterilir*".

3. Yargıtay'ın Yönetmelik Yapma Yetkisi

Anayasanın 124. maddesinde, yönetmelik yapabilecek merciler içinde Yargıtay sayılmamaktadır. Anayasanın Yargıtay'ı düzenleyen 154. maddesinde de Yargıtay'ın yönetmelik yapabileceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak 1983 tarih ve 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nda Yargıtay'a "iç yönetmelik" ve "yönetmelik" yapma yetkisi verilmektedir.

2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 57. maddesinde Yargıtay İç Yönetmeliği'nin, Yargıtay Büyük Genel Kurul tarafından oy çokluğuyla kabul edileceği düzenlenmektedir. İç Yönetmelikle hangi konuların düzenlenecek konular genel itibarıyla 57. madde belirtilmektedir: *"Yargıtay'daki kurulların, üyelerin, tetkik hâkimleri ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı yardımcıları ile diğer personelin görev ve yetkileri, çalışma usulleri, seçimlerin yöntemi, tutulacak defterler, kullanılacak basılı kâğıtlar ile bu Kanunun uygulanmasına ilişkin diğer hususlar Yargıtay Büyük Genel Kurulunun oy çoğunluğuyla kabul edeceği İç Yönetmelikle düzenlenir"*.

Kanunun değişik maddelerinde İç Yönetmelikle düzenlenecek konulara yer verilmektedir. Mesela Yüksek Disiplin Kurulu yedeklerinin kutula katılma sırası (m.34); Genel Kurul'da gündemin düzenleniş şekli (m.44); Yayın Kurulu'nun görevleri (m.48); Eğitim ve Sosyal İşler Müdürlüğü'nde eğitime tabi tutulacakların tespiti, eğitim süresi, eğitim programı, eğitim ve görev alacakların nitelikleri ve bunlara ilişkin diğer hususlar (m.52); dış ülkelere gönderileceklerin nitelikleri ve belirlenme usulleri (m.62) iç yönetmelikle düzenlenecektir. Yargıtay tarafından halen yürürlükte olan 1983 tarihli İç Yönetmelik yapılmıştır.⁶⁵

2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 20. maddesi, yönetmelikleri yapma yetkisini Yargıtay Yönetim Kurulu'na vermektedir. Kanunda hangi konuların yönetmelikle düzenleneceğine ilişkin açıklık bulunmamaktadır. Sadece 55. maddede döner sermaye konusunda Maliye Bakanlığınca müştereken bir yönetmelik yapılacağı hükmü yer almaktadır.

Ancak Yargıtay tarafından çeşitli konularda yönetmelikler yapıldığı görülmektedir. Mesela 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 20 ve 657 sayılı Kanuna dayanılarak Yargıtay Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği; 2792 sayılı Kanunun 20. maddesi ve 657 sayılı Kanuna dayanılarak Yargıtay Personeli Özlük İşleri Yönetmeliği; 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 14. maddesine dayanılarak Yargıtay'dan Verilen İcra ve İflas İşlerine Ait Kararların Yayınlanmasına Dair Yönetmelik; 2797 sayılı Kanunun 66. maddesi ve İç Yönetmeliğin 11. maddesine dayanılarak Yargıtay Kıyafet Yönetmeliği; Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan "Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmelik"ın 6. maddesine dayanılarak Yargıtay Mübaşirleri Üniforma Yönetmeliği yapılmıştır.

Görüldüğü üzere kanunda, Yargıtay'ın yapabileceği yönetmelikleri "iç yönetmelik" ve "yönetmelik" şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Burada dikkati çeken husus, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 45. maddesinde Danıştay'ın yapacağı düzenleme için "içtüzük" deyimini kullanılırken; 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nda, Yargıtay'ın yapabileceği düzenleme için "iç yönetmelik" ifadesine yer verilmektedir. Yukarıda Danıştay'ın iç tüzüğünün yönetmelik seviyesinde bir düzenleme olduğunu ifade etmiştik. Yargıtay'ın yaptığı "iç yönetmelik" ile "yönetmelik" arasında hukuken herhangi bir fark bulunmadığını düşünmekteyiz. Anayasanın 124.maddesinde, devlet tüzel kişiliği içinde sadece Cumhurbaşkanına ve bakanlıklara "yönetmelik" adıyla düzenleyici işle yapma yetkisi verilmektedir. Bu sebeple Yargıtay'a kanunla adsız düzenleyici işlemler (yönerge, esaslar vs.) yapma yetkisi verilebilirse de "yönetmelik" yapma yetkisi verilemeyeceği kanaatini taşımaktayız.

Yargıtay'ın resmî internet sitesinden anlaşıldığına göre Yargıtay tarafından "yönerge" adıyla düzenleyici işlemler de yapılmaktadır.⁶⁶ Söz konusu yönergelerden 1'i 2797 sayılı Yargıtay Kanunu,

⁶⁵ RG. 29.08.1983, S.18150.

⁶⁶ (1) Yargıtay Başkanlığı Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönergesi. (2) Yargıtay Özel Güvenlik Teşkilâtı Yönergesi. (3) Yargıtay Gündüz Bakımevi Yönergesi. (4) Yargıtay Ön Kayıt Bürosu Görev ve Çalışma Usulleri Yönergesi. (5) Yargıtay İş Sağlığı ve Güvenliği Yönergesi. (6) Yargıtay Hukuk ve Ceza Genel Kurullarının Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönerge.

Yargıtay İç Yönetmeliği'ne; 2'si kanun ve yönetmeliğe; 2'si yönetmeliğe; 1'i ise herhangi bir dayanak gösterilmeden yapılmıştır.

Yukarıda açıklandığı üzere Yargıtay, işlevsel anlamda idare kavramı içinde yer alması hasebiyle kanundan veya idarî işlevin niteliğinden kaynaklanan yetkisine dayanarak adsız düzenleyici işlem yapma yetkisini haizdir. Yönerge ismi verilen bu düzenlemeler de adsız düzenleyici işlemler içinde yer almaktadır.

III. YASAMA VE YARGI ORGANLARINA YÖNETMELİK YAPMA YETKİSİ VEREN KANUNLARIN ANAYASAYA UYGUNLUĞU

Yukarıda açıklandığı üzere yasama ve yargı organları işlevsel anlamda idare kavramı içinde yer almaktadır. Yasama organı, yasama işlemleri (kanun ve parlamento kararları) dışında idarî işlemler de yapabilmektedir. Özellikle başkanlık, başkanlık divanı ve genel sekreterlik faaliyetleri kural olarak idarî faaliyetlerdir.⁶⁷ Yargı organı da yargılama faaliyeti dışında, idarî işleve giren konularda (idarî personelin yönetimi, malların idaresi vs.) idarî işlemler yapma yetkisine sahiptir. Dolayısıyla yasama ve yargı organları idarî işleve giren konularda düzenleyici işlemler yapabilmektedirler. İdare hukuku bakımından idarî düzenleyici işlemler “yönetmelik” ve “adsız düzenleyici işlemler” olarak ikiye ayrılmaktadır. Yine daha önce işaret edildiği üzere yasama ve yargı organlarının adsız düzenleyici işlemler yapma yetkisinin bulunduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Hukukî tartışma, kanunla bu organlara “yönetmelik” adı altında düzenleyici işlem yapma yetkisi verilip verilemeyeceği hususunda ortaya çıkmaktadır. Tartışma, sebebi de Anayasanın 124.maddesindeki düzenlemelerden kaynaklanmaktadır.

Anayasanın “yönetmelikler” başlığını taşıyan 124. maddesinde şu hüküm yer almaktadır: *“Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnâmelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler”*.

Görüldüğü üzere hükümde “yönetmelik” yapma yetkisi a) Cumhurbaşkanı, b) bakanlıklar ve c) diğer kamu tüzel kişilerine verilmektedir. Yasama ve yargı organının Cumhurbaşkanı ve bakanlıklar dışında olduğu açıktır. Bu organların devlet tüzel kişiliği dışında ayrı bir tüzel kişiliği bulunmadığına göre, Anayasanın 124. maddesinde belirtilen “kamu tüzel kişileri” kapsamına girmediği de ortadadır. Bu durumda yasama ve yargı organına “yönetmelik” yapma yetkisi veren kanunların anayasaya uygun olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir. Sorunun cevabı açısından idarî işlemlerin yetki unsuruna bakarak bir sonuca ulaşılabilir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun 2.maddesine göre idarî işlem, “yetki, şekil, sebep, konu ve maksat” şeklinde beş unsurdan oluşmaktadır. Bu unsurlardan “yetki”, konumuzu ilgilendirmektedir.

Kamu hukuku (idare hukuku) açısından yetki, bir kamu görevlisinin (kişi, makam, kurul ya da organın), idare adına irade beyanında bulunabilme, idare adına karar alabilme kudretidir.⁶⁸ İdare adına irade beyanında bulunacak, bir işlem tesis edecek merciin bu konuda yetkili olması gerekir. Konumuz açısından idarî işlemin yeki unsurunun şu iki özelliği önem arz etmektedir.

(1) Yetkiler hukuk kuralı ile verilir: Anayasanın 6. maddesinde “Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz” hükmü yer almaktadır. İdare hukukunda cari olan kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak, yetki mutlaka bir hukuk kuralı ile verilmiş olmalıdır. Bir hukuk kuralı ile verilmeyen yetkinin kullanımı, işlemi hukuka aykırı kılar. Bu bakımdan hukuk kuralı ile verilmeyen bir yetki, yorum ya da kıyas yoluyla genişleterek verilmiş addedilemez.⁶⁹ Danıştay da idarî mercilerin yetkilerini, anayasaya ve kanunlara dayanılarak kullanılması gerektiğini, kanunla açıkça

⁶⁷ Danıştay 5. D, E.1987/2380, K.1987/1783, T.16.12.1987, (DD.70-71, 271.)

⁶⁸ Yetki unsurunun tanımları hakkında bkz. Turgut Tan, *İdare Hukuku*, (Ankara: 2011), 235; Atay, *İdare Hukuku*, 442; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 396.

⁶⁹ Gözübüyük/Tan, *İdare Hukuku C.I Genel Esaslar*, 380; Jean-Michel de Forges, *Droit Administratif*, (Daloz, 1991), 47; Laubaderé, Venezia ve Gaudemet, *Traité de Droit Administratif*, 717.

yetki verilmeyen bir konuda karar alınamayacakları ve düzenleme yapılamayacaklarını belirtmektedir.⁷⁰ Yine anayasa ve kanunla verilen bir yetkinin genişletici bir biçimde yorumlanıp uygulanmasının mümkün olmadığını ifade etmektedir.⁷¹ Bu açıklamalara göre Anayasanın 124. maddesinde yönetmelik yapma yetkisi Cumhurbaşkanı, bakanlıklar kamu tüzel kişilerine verildiğine göre, bu sayılanlar içinde yer almayan kuruluşların yönetmelik yapma yetkisi bulunmamaktadır.

(2) Yetki unsurunun kamu düzeninden kabul edilmektedir: İdarî işlemin yetki unsurunun kamu düzeninden (*ordre public*) olduğu kabul edilmektedir. Bu özellik sebebiyle, iptal davasında yetki yönünden hukuka aykırılık, davanın her aşamasında taraflarca ileri sürülebileceği gibi, mahkemece re'sen de dikkate alınır.⁷² Yine bu özelliğe bağlı olarak, yetkisiz kişinin yaptığı işlemin, yetkili makam tarafından kabul edilmesi, icazet verilmesi, işlemi hukuka uygun hâle getirmez.⁷³ Danıştay içtihatlarında bu husus istikrarlı şekilde vurgulanmaktadır. “İdarî yetki kamu düzeni ile ilgilidir. Temyiz dilekçesinde ileri sürülmese de yargı yerinde her aşamada kendiliğinden göz önüne alınır...”.⁷⁴ “Yetki kurallarının dar ve özel anlamda kamu düzenine ilişkin olduğu, bu nedenle idarenin yetki kurallarına sıkı bir şekilde uymak zorunda bulunduğu idare hukukunun bilinen ilkelerindendir”.⁷⁵

Anayasanın 124. maddesi hükmü ve yukarıdaki açıklamalar birlikte değerlendirilerek yasama ve yargı organına yönetmelik yapma yetkisi veren kanunların anayasaya uygunluğunu değerlendirmeye çalışalım.

Anayasa, yasama organına kanun yanında parlamento kararları (içtüzük ve diğer parlamento kararları) yetkisi vermektedir. Kanun ve parlamento kararları yasama organının yasama işlemleridir. Anayasanın 124. maddesinde yönetmelik yapmaya yetkili merciler, Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri olarak sayılmaktadır. Bunlar içinde yasama organı bulunmamaktadır. Anayasanın 124. maddesinin lafzına bağlı kalındığında ve idari işlemlerde hukuk kuralı ile verilmeyen yetkinin kullanılamayacağı kuralı dikkate alındığında, yasama organının yönetmelik yapma yetkisinin bulunmadığını söyleyebiliriz. Bu durumdan yasama organına yönetmelik çıkarma yetkisi veren kanunun (mesela 6253 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilat Kanunu) anayasa aykırı olduğu sonucu çıkar.

Anayasa Mahkemesi'ne yönetmelik çıkarma yetkisi veren kanunların anayasaya uygunluğu konusunu değerlendirirken anayasa hükümlerinden yola çıkmak gerekir. Anayasanın 149. maddesi, Anayasa Mahkemesi'ne içtüzük yapma yetkisi vermektedir. Yukarıda açıklandığı üzere bu içtüzük, yönetmelikle aynı seviyede bir idarî düzenleyici işlemdir. Anayasanın 124. maddesinde yönetmelik yapmaya yetkili merciler içinde Anayasa Mahkemesi bulunmamakla beraber, yönetmelikle aynı seviyede olan içtüzük yapma yetkisi olan Anayasa Mahkemesi, yönetmelik yapmaya da yetkilidir denilebilir. Bu durumdan Anayasa Mahkemesi'ne yönetmelik yapma yetkisi veren kanunların, anayasaya aykırı olmadığı sonucunu çıkarabiliriz.

Anayasa'nın Danıştay'ı düzenleyen 155. maddesinde, Danıştay'ın idarî düzenleyici işlem yapma yetkisi konusunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Danıştay'a içtüzük ve yönetmelik yapma yetkisi 2575 sayılı Danıştay Kanunu ile verilmiştir. Kanaatimizce Danıştay içtüzüğü, yönetmelik seviyesinde bir idarî düzenlemedir ve yönetmelikle aynı hukukî rejime tabidir. Anayasanın 124. maddesinde yönetmelik yapmaya yetkili merciler içinde Danıştay bulunmamaktadır. Anayasanın 124. maddesinin lafzına bağlı kalındığında ve idari işlemlerde hukuk kuralı ile verilmeyen yetkinin kullanılamayacağı kuralı dikkate alındığında, Danıştay'ın yönetmelik yapma yetkisinin bulunmadığını

⁷⁰ Danıştay 8. D, E.2005/2927, K.2006/1138, 22.03.2006, (<http://www.danistay.gov.tr/>)

⁷¹ Danıştay. İDDK, E.1986/8, K.1986/21, 28.03.1986, (DD.64-65, 78.)

⁷² Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku C.I Genel Esaslar*, 379-380; Tan, *İdare Hukuku*, s.816; Atay, *İdare Hukuku*, 442; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 396; Forges, *Droit Administratif*, 48; Chapus, *Droit Administratif Général*, 998.

⁷³ Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku C.II Genel Esaslar*, 415; Atay, *İdare Hukuku*, 442; Forges, *Droit Administratif*, 48.

⁷⁴ Danıştay 5. D, E.1985/1985, K.1985/1229, 09.05.1985, (DD.60-61, 230.)

⁷⁵ Danıştay 8. D, E.2004/2984, K.2005/2086, T.14.10.2005.

söyleyebiliriz. Bu durumdan Danıştay’a içtüzük ve yönetmelik çıkarma yetkisi veren kanunun anayasa aykırı olduğu sonucu çıkar.

Anayasanın Yargıtay’ı düzenleyen 154. maddesinde, Yargıtay’ın yönetmelik yapabileceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. 2797 sayılı Yargıtay Kanunu’nda Yargıtay’a “iç yönetmelik” ve “yönetmelik” yapma yetkisi verilmektedir. Bu iki tür düzenleyici işlem arasında isimlendirme dışında bir fark bulunmamaktadır. Anayasanın 124. maddesinde yönetmelik yapmaya yetkili merciler içinde Yargıtay bulunmamaktadır. Anayasanın 124. maddesinin lafzına bağlı kalındığında ve idarî işlemlerde hukuk kuralı ile verilmeyen yetkinin kullanılamayacağı kuralı dikkate alındığında, Yargıtay’ın yönetmelik yapma yetkisinin bulunmadığını söyleyebiliriz. Bu durumdan Yargıtay’a iç yönetmelik ve yönetmelik çıkarma yetkisi veren kanunun anayasa aykırı olduğu sonucu çıkar.

Yasama ve yargı organının yönetmelik yapma yetkisi veren kanunların anayasaya uygunluğu açısından şöyle bir yorum da yapılabilir. Yasama ve yargı organı yönetmelikleri, kendi iç işleyişi ile ilgili düzenlemeleri içermektedir. Dışardaki kişileri etkilememektedir. Oysa Anayasanın 124. maddesinde sayılan Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin çıkardığı yönetmelikler, kurumların dışında yer alan toplum kesimlerini hatta bazen tüm toplumun hak ve menfaatlerine etki etmektedir. Bu sebeple Anayasanın 124. maddesinde ifadesini bulan yönetmelikten kasıt, yönetmeliği yapan birimin iç işleyişinden ziyade toplumu ilgilendiren düzenlemelerdir. Anayasanın 124. maddesinin anlamı, toplumu ilgilendiren yönetmeliklerin ancak Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri tarafından çıkarılabileceği şeklindedir. Buna mukabil toplumu ilgilendirmeyen, yönetmeliği çıkaran kuruluşun iç işleyişine ilişkin olan yönetmelikleri, tüzel kişiliği olsun olmasın icraî karar almaya yetkili tüm kuruluşlar yetkilidir. Buna göre yasama ve yargı oranlarının çıkardığı yönetmelikler kendi iç işleyişlerine ilişkin olduğundan, bunları yapmaya yetkileri vardır. Bunlara yönetmelik yapma yetkisi veren kanunlar da anayasaya uygundur.

Ancak bu yaklaşım eleştiriye açıktır. Bir kere Anayasanın 124. maddesinde, iç işleyişe ilişkin yönetmelik, toplumu ilgilendiren yönetmelik ayrımı yapılmış değildir. İkinci olarak, iç işleyişe ilişkin yönetmelikler, o kuruluştaki istihdam edilen görevlilerin hak ve menfaatlerini etkiler niteliktedir. Kurum görevlilerinin hak ve menfaatlerinin daha az himayeye mazhar olduğunun kabulü hukuken mümkün değildir. Öte yandan idarî işlemin yetki unsuru bakımından, işlemi yapan kurumlar arasında bir ayrım yapılarak kimilerinde daha sıkı kurallar aranırken, bazılarında esnek davranılması yaklaşımının haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır.

IV. YASAMA VE YARGI ORGANLARININ YÖNETMELİKLERİNİN YARGISAL DENETİMİ

Yukarıda detaylı olarak açıklandığı üzere kanunlar yasama ve yargı organına (yüksek mahkemelere) yönetmelik yapma yetkisi vermektedir. Yönetmelik, idarî işlemlerden genel düzenleyici işlem niteliğindedir. İdarî işlem yapmak ise idarî işleve giren bir faaliyettir. 6253 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilat Kanunu, yasama organı (TBMM) yönetmeliklerini yapma yetkisini Meclis Başkanlık Divanı’na vermektedir (m.29,31,32). Meclis Başkanlık Divanı işlemleri kural olarak idarî işlemler sınıfında yer almaktadır.

Anayasa (m.149) ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun (m.5), Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu’na içtüzük yapma yetkisi vermektedir. Yine 6216 sayılı Kanun (m.13), Anayasa Mahkemesi Başkanı’na, mahkeme yönetmeliklerini onaylama yetkisi vermektedir. Yukarıda işaret edildiği üzere Anayasa Mahkemesi içtüzüğü yönetmelik seviyesinde idarî işlemdir. Genel Kurul’un içtüzük yapma işi, yargı faaliyetine değil, idarî işleve giren bir faaliyettir. Başkanın yönetmelikleri onaylaması da idarî işleve ilişkindir. Dolayısıyla içtüzük ve yönetmelik idarî genel düzenleyici işlemlerdendir.

2575 sayılı Danıştay Kanunu (m.45), içtüzük ve yönetmelik yapma yetkisini Danıştay Genel Kurulu’na vermektedir. Danıştay Genel Kurulu’nun içtüzük ve yönetmelik yapma işi, yargılama faaliyeti değil, idarî işleve giren faaliyet kapsamındadır. Bu sebeple Danıştay’ın içtüzüğü ve yönetmelikleri genel düzenleyici idarî işlemlerdendir.

2797 sayılı Yargıtay Kanunu, (m.57) Yargıtay İç Yönetmeliği yapma yetkisini Yargıtay Büyük Genel Kurulu’na (m.57), yönetmelik yapma yetkisini de Yargıtay Yönetim Kurulu’na vermektedir. Her

ikisi de yargılama faaliyetine değil, idarî işleve giren faaliyet kapsamında yapılmış idarî genel düzenleyici işlem niteliğindedir.

Anayasanın 125. maddesine göre “*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*”. Ancak bazı idarî işlemler anayasa ve kanunlarca yargı denetimi dışında tutulduğu (yargı kısıntısı)⁷⁶, yürütmenin siyasî işleve giren bazı işlemleri de yargı içtihatlarıyla yargı denetimi dışında tutulduğu (yargı kısıntısı) olmaktadır.⁷⁷ Yasama ve yargı organının yönetmelikleri, yasama kısıntısı ve yargı kısıntısı olan işlemler içinde yer almamaktadır. Bu hale göre yasama ve yargı organının yönetmelikleri yargısal denetime tabidirler. Mevzuatta özel bir düzenleme bulunmadığından, söz konusu yönetmeliklerin yargısal denetimi idarî yargı yerlerince gerçekleştirilecektir.

İdarî yargı düzenimizde, ilk derece mahkemesi olarak görev yapan mahkemeler, Danıştay ile idare ve vergi mahkemeleridir. Görev bakımından idare mahkemeleri, genel görevli mahkemedir. Danıştay ve idare mahkemesine nazaran vergi mahkemeleri özel görevli mahkemelerdir. Buna göre, kanunla Danıştay’ın ve vergi mahkemelerinin görevine verilmeyen konular, idare mahkemelerinin görev alanına girer. Bu husus 2576 sayılı Kanunun 5. maddesinde, “*İdare mahkemeleri, vergi mahkemelerinin görevine giren davalarla ilk derecede Danıştay’da çözümlenecek olanlar dışındaki davaları çözümler*” denilerek açıkça belirtilmektedir.

2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun 24.maddesinde, Danıştay’ın ilk derece mahkemesi olarak bakacağı davalar sayılmaktadır. İdarî düzenleyici işlemlere ilişkin olarak 24.maddede sayılanlar şöyledir:

- Cumhurbaşkanı kararları.
- Cumhurbaşkanınca çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnâmeleri dışındaki düzenleyici işlemler.
- Bakanlıklar ile kamu kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca çıkarılan ve ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemler.

Yasama ve yargı organı tarafından yapılan yönetmelikler, yukarıda sayılanlar arasına girmemektedir. Yasama ve yargı organını “kamu kuruluşu” kapsamı içinde değerlendirsek bile, bu organların yaptığı yönetmelikler, kendi iç işleyişine ilişkin olup, “ülke çapında uygulanacak” nitelikte değildir. Bu durumda yasama ve yargı organı tarafından yapılan yönetmeliklerin yargısal denetimi idare mahkemelerinde yapılacaktır.

2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu’nun 32 ve devamı maddelerinde idare mahkemelerinde yetki kuralları yer almaktadır. Kanunun 32. maddesine göre, bu kanunda veya başka bir özel kanunda, yetkili mahkeme gösterilmemiş ise, yetkili mahkeme dava konusu işlemi yapan idarenin bulunduğu yer idare mahkemesidir. Genel yetki kuralının geçerli olduğu durumlarda, yasama ve yargı organları yönetmeliklerinin yargısal denetimi Ankara İdare Mahkemesinde yapılacaktır. Mesela Danıştay Genel Kurulu tarafından yapılan bir yönetmeliğin yargısal denetimi Ankara İdare Mahkemesince gerçekleştirilecektir. Yasama organı ve diğer yüksek mahkeme yönetmelikleri de aynı durumdadır.

SONUÇ

İdare hukuku açısından yasama organı (TBMM) ve yargı organı (yüksek mahkemeler), işlevsel anlamda idare kavramı içinde yer alırlar. İdare olmaları hasebiyle de idarî işlemler (düzenleyici veya bireysel işlemler) yapma yetkisine sahiptirler. İdarenin düzenleyici işlem yapma yetkisi anayasadan, kanunlardan veya işin mahiyetinden kaynaklanabilir.

İdarî işlemler yetki, şekil, sebep, konu ve maksat olmak üzere beş unsurdan oluşmaktadır. Bunlardan yetki unsuru çalışma konumuzu ilgilendirmektedir. Zira yasama ve yargı organının yönetmelik yapma yetkisini incelemekteyiz. İdare hukuku öğretisinde ve yargı içtihatlarında idarî işlemin yetki unsuru kamu düzeninden kabul edilir. İdarî işlem mutlaka hukuk kuralı ile yetkilendirilmiş merci tarafından yapılmalıdır. Aksi halde o işlem yetki unsuru bakımından hukuka aykırı olur.

⁷⁶ Anayasada yer alan yasama kısıntısı örnekleri. Yüksek Askerî Şûra’nın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma işlemleri (m.125); Hâkimler ve Savcılar Kurulu’nun meslekten çıkarma dışındaki kararları (m.159); Yüksek Seçim Kurulu kararları (m.79).

⁷⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, (Seçkin Yayınevi 2024), 188 vd.

Anayasanın 124. maddesi yönetmelik yapmaya yetkili mercileri, Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri olarak saymaktadır. Yönetmeliğin yetki unsuru, anayasa tarafından belirlenmektedir. Yasama ve yargı organı bunlar içinde yer almamaktadır. Buna göre yasama organı (TBMM) ve yargı organının (yüksek mahkemeler) yönetmelik adı altında düzenleyici işlem yapma yetkisi bulunmamaktadır.

Ancak Anayasanın 124. maddesinde yönetmelik yapma yetkisi olan merciler içinde yer almamasına rağmen yasama ve yargı organına yönetmelik yapma yetkisi veren kanunlar bulunmaktadır. Kanaatimizce yasama ve yargı organına yönetmelik yapma yetkisi veren kanunlar anayasaya aykırıdır.

Anayasanın 125.maddesi gereğince yasama ve yargı organı tarafından yapılan yönetmelikler yargısal denetime tabidirler. 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24.maddesinde, Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak bakacağı davalar belirtilmektedir. Yasama ve yargı organı yönetmelikleri, söz konusu 24. maddede sayılan konular içinde yer almamaktadır. Bu durumda yasama ve yargı organı tarafından yapılan yönetmeliklerin yargısal denetimi idare mahkemesi tarafından yapılacaktır.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya. *Türk İdare Hukuku*, Savaş Yayınları, 2. Baskı, 2011.
- Anayurt, Ömer. *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, Seçkin Yayınevi, 6. Baskı, 2023.
- Atar, Yavuz. *Türk Anayasa Hukuku*, Mimoza Yayıncılık, 9. Baskı, 2014.
- Atay, Ender Ethem. *İdare Hukuku*, Yetkin Yayınevi, 2. Baskı, 2009.
- Bakırcı, Fahri. *TBMM'nin Çalışma Yöntemi*, İmge Kitapevi, 2000.
- Baş, Sezgin. *Türk Anayasa Hukukunda Yasama İşlemleri Teorisi ve Parlamento Kararları*, Onikilevha Yayınevi, 2016.
- Chapus, René. *Droit Administratif Général*, C.I, 14. Baskı, 2000).
- Çağlayan, Ramazan. *İdare Hukuku Dersleri*, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, 2024.
- Çağlayan, Ramazan. *İdari Yargılama Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 16. Baskı, 2024.
- Erkut, Celal. *İptal Davasının Konusunu Oluşturması Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Ankara: Danıştay Yayınları, 1990.
- Forges, Jean-Michel de. *Droit Administratif*, Presses universitaires de France, 1991.
- Gözübüyük, A. Şeref ve Turgut Tan. *İdare Hukuku C.I Genel Esaslar*, Turhan Kitapevi, 2. baskı, 2001.
- Gözübüyük, A. Şeref ve Turgut Tan. *İdare Hukuku C.II Genel Esaslar*, Turhan Kitapevi, 2. baskı, 2001.
- Gülgeç, Yahya Berkol. *Normlar Hiyerarşisi*, Onikilevha Yayınevi, 2016.
- Günday, Metin. *İdare Hukuku*, İmaj Yayıncılık, 6. Baskı, 2002.
- Kaboğlu, İbrahim Ö. *Anayasa Hukuku Dersleri-Genel Esaslar*, Legal Yayınları, 2009.
- Kılıç, Abbas. *Türkiye'de Parlamento Kararlarının Hukuki Rejimi*, Adalet Yayınevi, 2020.
- Kuru, Baki, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, 16. Baskı, 2005.
- Laubaderé, André de, Jean-Claude Venezia ve Yves Gaudemet. *Traité de Droit Administratif*, LGDJ, C.I, 15. Baskı, 1999.
- Özay, İl Han. *Günışığında Yönetim*, Alfa Yayınları, 2002.
- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, 2000.
- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, 14. Baskı, 2013.
- Rivero, Jean. *Droit Administratif*, Dalloz, 5. Baskı, 1971.
- Rivero, Jean ve Jean Waline. *Droit Administratif*, Dalloz, 17. Baskı, 1998.
- Tan, Turgut. *İdare Hukuku*, 2011.
- Teziç, Erdoğan. *Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı*, Fakülteler Matbaası, 1972.
- Teziç, Erdoğan. *Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve Anayasa Mahkemesi Kararları*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1980.
- TDK Büyük Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>
- Tunaya, Tarık Zafer. *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, Eğitim, Araştırma ve Ekin Yayınevi, 5. Baskı, 1982.
- Yayla, Yıldızhan. *İdare Hukuku*, Beta Yayınları, 2009.
- Yüksel, İsmail. *TBMM'nin Kanun Yapma Yöntemi*, Adalet Yayınevi, 2018.



e-ISSN: 2667-6117

Yıl / Year: 2025

Cilt / Volume: 7

Sayı / No: 1

Eserin Türü /

Manuscript Type:

Araştırma

Makalesi /

Research Article

DOI:

10.47136/asbuhfd.

1635160



6502 SAYILI KANUN KAPSAMINDA TÜKETİCİ KAVRAMI VE TİCARİ VEYA MESLEKİ AMAÇLA HAREKET EDEN KİŞİLERE TİCARİ VEYA MESLEKİ AMAÇ OLMAKSIZIN MAL VEYA HİZMET SUNAN KİŞİLERİN DURUMU

*Under Law No.6502 The Concept of
Consumer and Legal Status of Individuals
Who Have No Commercial or Professional
Purpose While Providing Goods or Services
to the Other Party That Acts With
Commercial or Professional Purpose*

Reyhan TUHAN BOZ*

Esen KABAŞ TEZCAN**

Makale Gönderim Tarihi / Received: 26.10.2024

Makale Kabul Tarihi / Accepted: 10.02.2025

**Hakem Değerlendirmesi / Peer Review: Çift kör
hakem. Double peer-reviewed.**

Anahtar Kelimeler / Keywords:

Tüketici, Tüketici İşlemi, Ticarî veya Meslekî Amaç,
Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun / Consumer,
Consumer Transactions, Commercial or Professional
Purposes, Code on Consumer Protection

Atıf / Citation:

Tuhan Boz, Reyhan ve Tezcan Kabaş, Esen. “6502 Sayılı
Kanun Kapsamında Tüketici Kavramı ve Ticarî veya
Meslekî Amaçla Hareket Eden Kişilere Ticarî veya
Meslekî Amaç Olmaksızın Mal veya Hizmet Sunan
Kişilerin Durumu.” *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no.
1 (2025) 21-40.

Yazar Bilgileri / Authors Information:

* Dr. Öğr. Üyesi, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı,
reyhantuhanboz@kku.edu.tr, ORCID: 0000-0002-6324-
5860.

** Dr. Öğr. Üyesi, Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı,
esen.kabas@erdogan.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0845-
6470.

Sorumlu Yazar / Corresponding Author: Reyhan
Tuhan Boz

Katkı Oranı / Contribution Rate: %50 - %50

Teşekkür / Acknowledgments: Bulunmamaktadır.

Finansal Destek / Financial Support: Finansal destek
alınmamıştır.

Çıkar Çatışması / Conflict of Interest: Çıkar çatışması
bulunmamaktadır.

Etik Kurul Onayı / Ethics Committee Approval:
Çalışma için etik kurul onayı gerekmemektedir.

**Yapay Zeka Araçlarının Kullanımı / Use of Artificial
Intelligence:** Yapay zeka araçlarından
yararlanılmamıştır.

Editör Notu: Dergi yayın ilkeleri makale değerlendirme
süreci içinde değiştiği için yazar talebi doğrultusunda
makale adı korunmuştur.

Öz

Tüketici kavramı her geçen gün daha fazla önem kazanmakta, buna paralel olarak da tüketici hukukundaki düzenlemeler yeniden kaleme alınmaya ihtiyaç duymaktadır. Gerek mülga 4077 sayılı Kanun'da gerekse 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yapılan her değişiklikte tüketicinin tanımı değişmiş, kavramın kapsamı her defasında daha da genişlemiştir. Kanunkoyucu en kapsamlı hâliyle tüketiciyi ticarî veya meslekî olmayan bir amaçla hareket eden kişi olarak tanımlamıştır. Tüketici kavramını belirlerken amaç kriterinden hareket etmiştir. Bu bağlamda, ticarî veya meslekî amaçla hareket eden kişilere ticarî veya meslekî amaç olmaksızın mal veya hizmet sunan kişiler, kanunkoyucunun esas aldığı amacı taşımaktadır.

Abstract

The concept of the consumer is increasingly significant with each passing day, and alongside this, the regulations governing consumer law may require thorough revisions. The definition of the consumer has evolved with each amendment on the repealed CoCP No. 4077 as well as on the CoCP No. 6502; each amendment has expanded the scope of the concept. In the reached point, which constitutes the widest definition so far, the legislator defines a consumer as an individual acting for a purpose other than a commercial or professional one and builds the definition of consumer upon this purpose. In this manner, individuals who lack commercial and professional purposes have ‘the purpose’ that is contemplated by the legislator while they are providing goods or services to the other party that acts for commercial or professional purposes.

Extended Summary

The reason behind the regulation of the norms that protect consumers and even the existence of the concept of “consumer” is the purpose of protecting consumers against individuals on the other side of the legal transaction, who have the opportunity to abuse the weaker position of consumers. Protection of consumers is a concept that is covered under the Turkish Constitution. Art. 172 of the Turkish Constitution indicates that it is necessary to take protective and informative precautions about consumers and to encourage consumers to step up and build initiatives to protect themselves. In this manner, the Code on Consumer Protection (no. 4077, dated 23.02.1995) had been put into force, and then it had been repealed by establishing the Code on Consumer Protection (no. 6502, dated 07.11.2013). Art. 2 of the CoCP no. 6502 states that every consumer transaction and any practice regarding consumers are in the context of the CoCP. In Art. 3 of the CoCP, consumer transactions are defined as any contract or legal transaction established between consumers and real or legal persons acting for commercial or professional purposes or acting on their behalf or account.

It is necessary to scrutinise the concept of "consumer" in order to reveal the exact meaning of "consumer transactions" and draw the precise borders and context of the CoCP so it can be applied correctly. Thus, the concept of "consumer" constitutes the core of consumer law. The study focuses on providing goods or services by individuals who have no commercial or professional purpose to others who act for one of those purposes in terms of the meaning and elements of the concept of “consumer.”

Legal orders, including Turkish law, are trending toward enlarging the boundaries of the concept of consumer for the purpose of strengthening consumer protection. The CoCP no. 6502 depends on the purpose criteria that define the consumer and “individuals who act for the purposes other than commercial or professional ones.” This approach provides a wider definition compared to the repealed CoCP no. 4077. There is no doubt that if such a person purchases a good or service from someone who acts for commercial or professional purposes, e.g., if a man buys a jewel from a jeweller as a gift for his wife and buys a car for his son from a gallery, consumer transactions occur. However, what if the same man wants to sell the same jewel to the same jeweller or the same car to the same gallery; do they constitute consumer transactions?

The repealed CoCP no. 4077 had included the element of the consumer purchasing goods or services within the definition of consumer, but this definition is not included in the CoCP no. 6502 currently in force. Also, the definition of consumer transactions does not contain such an element that requires consumers to purchase any good or service. Any contract or legal transaction established between consumers and real or legal persons acting for commercial or professional purposes or acting on their behalf or account is a consumer transaction, and the consumer is not specified in the law to be in a specific position, such as the person purchasing a good or service. Moreover, the fact that a person acting for commercial or professional purposes meets the definition of "seller or provider" as defined in the definitions article of the law is not regulated as an element of the consumer transaction. I.e., even if a person acting for commercial or professional purposes does not meet the definition of seller or provider, the transaction is a commercial transaction as long as this transaction is established between an individual who is not acting for commercial or professional purposes (the consumer) and an individual acting for commercial or professional purposes or the representative of such a person. As a result, in our opinion, providing goods or services by individuals who have no commercial or professional purpose to others who act for one of those purposes should also be considered as consumer transactions.

GİRİŞ

Tüketicinin korunması düşüncesinin temelinde, tüketicinin işlemin karşı tarafına göre ekonomik ve hukukî olarak daha zayıf ve tecrübesiz olması yatmaktadır.¹ Zira tüketicinin korunması düşüncesi, esas itibarıyla 19. yüzyılda Sanayi Devrimi ve buna bağlı olarak da seri üretimin artması sonucunda ortaya çıkmıştır.² Sanayi devrimi ve zamanla teknolojinin de gelişmesiyle birlikte piyasaya daha fazla ve fakat daha karmaşık ürün ve hizmetler sunulmaya başlanmıştır. Piyasaya sunulan mal ve hizmetten yararlanacak kişilerin bunların içerikleri hakkında yeterli bilgiye sahip olmamaları, bunlardan yararlanırken sağlıklı karar verememelerine sebep olmuştur. Nitekim bir yanda güçlü, deneyimli, örgütlü girişimciler yer alırken, diğer tarafta bilgi ve ekonomik yönden daha zayıf ve ihtiyacını karşılamak zorunda olması bakımından bağımlı durumda olan kişiler yer almaktadır.³ Tüm bunlar, taraflar arasında dengesizlik oluşturmakta ve sağlıklı bir irade ile karar veremeyen tüketicinin zarara uğrama riskini de beraberinde getirmektedir.⁴ Bu sebeple sözleşmenin zayıf tarafını koruyacak özel düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur. Bunun neticesinde de tüketici hukuku ortaya çıkmıştır.⁵

Tüketicinin korunması, Türk hukukunda Anayasa tarafından güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın 172. maddesinde devletin tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alması, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik etmesi gerektiği öngörülmüştür. Bu kapsamda 23.02.1995 tarihli 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun⁶ yürürlüğe konulmuştur. 07.11.2013 tarihinde ise 4077 sayılı Kanun'u yürürlükten kaldıran 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun⁷ kabul edilmiştir. 6502 sayılı TKHK m. 2'de her türlü tüketici işlemi ve tüketiciye yönelik uygulamaların kanunun kapsamında olduğu ifade edilmiştir. TKHK m. 3'te ise tüketici işlemi, ticarî veya meslekî amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, her türlü sözleşme ve hukukî işlem olarak tanımlanmıştır. İlgili hükümlerin uygulanabilmesi, başka bir ifadeyle hem tüketici işlemini hem de TKHK'nun kapsamını

¹ Hasan Seçkin Ozanoğlu, "Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulanma Alanı (Tüketici Kavramına Mukayeseli Bir Bakış)," iç. *Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan*, editör Nami Barlas, Abuzer Kendigelen, Suat Sarı (Beta Yayınları, 2000): 666; Rona Serozan, "Tüketiciyi Koruma Yasasının Sözleşme Hukuku Alanındaki Düzenlemesinin Eleştirisi," *Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi* 15, no. 173/4 (1996): 580-581; A. Lale Sirmen, "Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri," *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi* 8, no. Özel Sayı (2013), 2466-2467; Çağlar Özel, "Hukuksal Açıdan Tüketicinin Korunması ve Tüketicinin Korunma Gerekliliğine İlişkin Bir Değerlendirme," *Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 26, no. 1 (2008): 292ff.; İpek Yücer Aktürk, "Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı," *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20, no. 2 (2016): 110; Özlem Tüzüner, "Madde 1/Tüzüner Şerhi," iç. *Milli Şerh, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, editör Özlem Tüzüner ve Hakan Tokbaş (Aristo Yayınevi, 2016): 5,17; Çağlar Özel, *Tüketicinin Korunması Hukuku* (Seçkin Yayıncılık, 2021), 34ff.

² Tüketicinin korunmasının tarihi gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fatma Zeynep Altınar Yolcu, "Tüketicinin Korunması Kavramının Tarihsel Gelişimi ve Bu Gelişimin Türk Hukukuna Yansımaları," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 24, no. 2 (2018): 1111ff.

³ Bkz. Altınar Yolcu, "Tüketicinin Korunması Kavramının Tarihsel Gelişimi", 1113.

⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Altınar Yolcu, "Tüketicinin Korunması Kavramının Tarihsel Gelişimi", 1114ff.

⁵ İpek Yücer Aktürk, "Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı," *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20, no. 2 (2016): 103-128, 110; Aydın Zevkliler ve Çağlar Özel, *Tüketicinin Korunması Hukuku* (Seçkin Yayıncılık, 2016), 32; Aslan, *Tüketici Hukuku*, 1ff.; Özel, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, 48.

⁶ Kanun Numarası: 4077, Kabul Tarihi: 23/2/1995, Yayımlandığı Resmî Gazete: Tarih: 8/3/1995 Sayı: 22221

⁷ Kanun Numarası: 6502, Kabul Tarihi: 7/11/2013, Yayımlandığı Resmî Gazete: Tarih: 28/11/2013 Sayı: 28835

belirleyebilmek için öncelikle tüketici kavramının belirlenmesi gerekmektedir.⁸ Tüketici kavramı, tüketici hukukunun temelini oluşturmaktadır.⁹

Çalışmada öncelikle tüketici kavramı ve unsurları ele alınıp bu bağlamda ticarî veya meslekî amaçla hareket eden kişilere ticarî veya meslekî amaç olmaksızın mal veya hizmet sunan kişilerin durumu değerlendirilmiştir.

I. TÜKETİCİ KAVRAMI

A. Genel Olarak

Tüketici, günlük dilde, mal ve hizmetlerden yararlanan, satın alıp kullanan, tüketen kimse anlamına gelmektedir.¹⁰ Hukukî bir kavram olarak tüketiciden kimin anlaşılacağı ise tüketicinin korunmasına ilişkin mevzuatta belirlenmiştir.¹¹

Avrupa Birliği Yönergelerinde tüketici kavramına ilişkin tanımlar yer almaktadır. 20.12.1985 tarihli İşyeri Dışında Müzakere Edilen Sözleşmeler Kapsamında Tüketicinin Korunması Hakkında 85/577/EEC Sayılı Yönerge¹² m. 2'ye göre tüketici, yönerge kapsamındaki işlemlerde kendi ticareti ya da mesleği dışında sayılabilecek amaçlarla hareket eden gerçek kişidir. 25.05. 1999 tarihli Tüketici Mallarının Satışına ve İlgili Garantilere Dair Belirli Hususlar Hakkında 1999/44/EC Sayılı Yönerge¹³ m. 1/2-a hükmünde ise tüketici, yönerge kapsamındaki sözleşmelerde ticareti, işi veya mesleği dışındaki amaçlarla hareket eden gerçek kişi olarak tanımlanmıştır. 1999/44/EC Sayılı Yönergeyi yürürlükten kaldıran, 20.05.2019 tarihli Tüketici Mallarının Satımına Dair Belirli Hususlar Hakkında 2019/771 Sayılı Yönerge¹⁴ m. 2/2'ye göre tüketici, Yönerge kapsamındaki sözleşmelerde ticareti, işi, zanaatı veya mesleği dışındaki amaçlarla hareket eden gerçek kişi anlamına gelmektedir.

Türk hukukunda ilk olarak 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un m. 3/f hükmünde tüketici kavramı tanımlanmıştır. Bu hükme göre “*bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak nihaî olarak kullanan veya tüketen gerçek veya tüzel kişi*” tüketicidir. İlgili hüküm, 4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹⁵ ile 2003 yılında değiştirilmiştir.¹⁶ Değişiklik sonrası 4077 sayılı TKHK m. 3/e'de tüketici “*Bir mal veya hizmeti ticarî*

⁸ Alper Uyumaz ve Mehmet Cemil Türk, “Tacirin Tüketici Sıfatı,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 72, no. 3 (2023): 1591-1633, 1593; İlhan Kara, *Tüketici Hukuku*, (Yetkin Yayıncılık, 2021), 181.

⁹ Yücer Aktürk, “Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı”, 111.

¹⁰ Bkz. <https://sozluk.gov.tr/>. (erişim tarihi 01.10.2024).

¹¹ 18. yy.'da İngiltere'de Malony Komisyonu raporunda ilk kez tüketici tanımına yer verilerek tüketici, “*kendi özel tüketimi için bir malı alan kişi*” olarak ifade edilmiştir. Zaman içerisinde bu tanımın kapsamı konu, amaç ve kişi yönünden daha da genişlemiştir. Bkz. Akipek Öcal, Şebnem, “Madde 3/Akipek Şerhi,” iç. *Milli Şerh Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*. editör Özlem Tüzüner ve Hakan Tokbaş (Aristo Yayınevi, 2016), 40-59: 55-56; Şebnem Akipek Öcal, Abdulkirim Yıldırım, İbrahim Ermenek ve Selda Kutla, *Tüketici Hukukunda Uzman Arabuluculuk* (Deniz Ofset Matbaacılık, 2021), 21.

¹² Council Directive 85/577/EEC of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises, *OJ L 372*, 31.12.1985, 31–33.

¹³ Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees, *OJ L 171*, 7.7.1999, 12–16.

¹⁴ Directive (EU) 2019/771 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the sale of goods, amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC, and repealing Directive 1999/44/EC, *OJ L 136*, 22.05.2019, 28-50.

¹⁵ RG. 14.03.2003 s. 25048

¹⁶ 4077 sayılı TKHK'nun tüketiciye ilişkin ilk metninde yer alan “*özel amaç*” ifadesinden tam olarak ne anlaşılması gerektiği konusunda bir belirsizlik olması ve bu doğrultuda ortaya çıkan tartışmalar kanun koyucuyu tanımda yer alan bu ifadede değişiklik yapmaya yöneltmiştir. Bkz. Ahmet Karakocalı ve Ali Suphi Kurşun, *Tüketici Hukuku* (Seçkin Yayıncılık), 2015.

veya meslekî olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi” olarak ifade edilmiştir. 28.05.2014 tarihinde 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un yürürlüğe girmesi ile tüketici kavramına mülga 4077 sayılı TKHK’dan farklı bir tanım getirilerek 6502 sayılı TKHK m. 3/k’da tüketici, “Ticarî veya meslekî olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlanmıştır.¹⁷

Kanun koyucunun mevzuatta yaptığı değişikliklerle her defasında tüketici kavramının kapsamını biraz daha genişlettiği görülmektedir. 4077 sayılı TKHK’un ilk hâlinde yer alan “özel amaçla satınalarak nihai olarak kullanan veya tüketen” ifadesi yerine 2003 yılında yapılan değişiklikle “ticarî veya meslekî olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan” ifadesi getirilmiş¹⁸ ve “satınalarak” yerine “edinen” ifadesinin tercih edilmesiyle de trampa gibi satış sözleşmesi dışındaki mülkiyetin naklini sağlayan diğer sözleşmeler de kapsama dahil edilmiştir.¹⁹ 6502 sayılı TKHK’da ise “edinen, kullanan veya yararlanan” yerine “hareket eden” ifadesi kullanılarak özellikle henüz sözleşmenin yapılmadığı durumlar da dâhil edilerek kapsam daha da genişletilmiştir.²⁰

B. Tüketici Kavramının Unsurları

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’daki tanıma göre hukukî bir işleme taraf olan bir kimsenin tüketici olup olmadığının belirlenmesinde esas alınacak üç unsur bulunmaktadır. Bu unsurlar, ticarî veya meslekî amaç taşımama, gerçek veya tüzel kişi olma ve bir harekette bulunmadır.²¹

¹⁷ 6502 sayılı TKHK’daki tanım, 25.05.1999 tarihli Tüketici Mallarının Satışına ve İlgili Garantilere Dair Belirli Hususlar Hakkında 1999/44/EC Sayılı Yönergesindeki tüketici tanımına tüzel kişilerin de eklenmiş hâlidir. Bkz. Mustafa Alper Gümüş, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi Cilt: 1*, (Vedat Kitapçılık, 2014), 17; Sezer Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi* (Adalet Yayınevi, 2021), 140; Özel, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, 59; Yücer Aktürk, “Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı”, 111; Uyumaz ve Türk, “Tacirin Tüketici Sıfatı”, 1594; Osman Levent Özay, “6502 Sayılı Yasa Kapsamında Tüketici İşlemi,” *Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi* 4, no. 12 (2017): 261.

¹⁸ Bu değişikliğin tüketici tanımının kapsamını genişlettiği konusunda bkz. Atilla Altop, “Türk Hukukunda, Avrupa Birliği Hukukunda ve Uygulamada Tüketici Kavramı,” *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 1-2 (2004): 13; Karakocalı ve Kurşun, *Tüketici Hukuku*, 26.

¹⁹ Altop, “Türk Hukukunda, Avrupa Birliği Hukukunda ve Uygulamada Tüketici Kavramı”, 13; Madde gerekçesinde de “Buna göre tüketici işlemi; eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere kurulan her türlü sözleşme ve hukukî işlemi ifade eder şeklinde yeniden tanımlanmıştır. Böylece uygulamada ortaya çıkan ve tüketici sözleşmelerinin kapsamının daraltan yorumların da önüne geçilmiş olacaktır.” ifadelerine yer verilmiştir.

²⁰ Aslan, *Tüketici Hukuku*, 9; Yahya Deryal ve Yakup Korkmaz, *Yeni Tüketici Hukuku* (Adalet Yayınevi, 2015), 61. Ayrıca bkz. Şebnem Akipek Öcal ve Tamer Bozkurt, “Yargıtay Kararları Işığında Tüketici İşlemlerinde Ticari Hükümlerin Uygulanabilirliği Sorunu,” *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 2 (2023): 710; Çiğdem Kırcı, “Tüketicinin Korunmasına İlişkin Modeller, TKHK’un Amacı ve Avrupa Birliği Tüketici Yönergelerinin Kapsamı (6502 Sayılı TKHK’un Yorumu ve TKHK’da Düzenleme Bulunmayan Konularda Tüketici İşlemlerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme-I),” *Yargıtay Dergisi* 43, no. 2 (2017): 289; Seda Öznumcu, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, no. Özel Sayı (2015): 832; Ayşe Nur, Kılınç, “Takviye Edici Gıdalara İlişkin Aldatıcı Reklamlar Karşısında Tüketicinin Korunması,” *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 28, no. 2 (2024): 692.

²¹ Aslan, *Tüketici Hukuku*, 3; Deryal ve Korkmaz, *Yeni Tüketici Hukuku*, 51ff.

1. Ticarî veya Meslekî Amaç Taşımama

Tüketici olarak nitelendirilebilmenin ilk şartı, kanundaki tüketici tanımından da anlaşılacağı üzere, ticarî veya meslekî olmayan amaçlarla²² hareket etmektir. Başka bir ifadeyle, tüketici sıfatını kazanabilmek için girilen hukukî işlemde ticarî veya meslekî bir amaç taşımamak gerekir²³. Ticarî veya meslekî amaç taşımama unsuru, tüketici kavramının temel unsuru²⁴ olup, her bir somut olay bakımından işlemin hangi saikle gerçekleştirildiğinin tespit edilmesi gerekir.²⁵ Nitekim bir işlem yapılırken takip edilen amaç, tüketici sıfatının belirlenmesinde kilit rol oynamaktadır.²⁶

Kanun koyucunun işlemin hangi amaçla yapıldığından hareketle tüketici kavramını tanımlaması, işlemi yapan kişinin işlem iradesini ve dolayısıyla amaç unsurunu esas aldığı göstermektedir.²⁷

²² Kanunda sadece ticarî ve meslekî amaçtan bahsedildiği için ziraî amaçlarla hareket eden bir kimsenin tüketici olarak kabul edilip edilmeyeceği noktasında bir açıklık bulunmamaktadır. Doktrinde bu konuda, ziraî amaçla hareket edilen işlem kazanç elde etme amacıyla yapılmışsa, bu kişinin tüketici olarak kabul edilmemesi gerektiği; buna karşılık kişi ziraî faaliyetleri kendi bireysel ihtiyaçları için yürütüyorsa tüketici olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 150, dn. 124; Aslan, *Tüketici Hukuku*, 6; Abdülkerim Yıldırım ve Bilge Aytuğar, “Tüketici İşlemlerinde Kıymetli Evrak Düzenlenmesi,” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24, no. 2 (2020): 36; Mehmet Bahtiyar ve Levent Biçer, “Adi İş/Ticarî İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22, no. 3 (2016): 413; Hüseyin Kağan Zengin, “Zirai Amaçla Gerçekleştirilen Hukuki İşlemlerin Tüketici İşlemleri Bakımından Değerlendirilmesi,” *Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no. 2 (2024): 44. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Zengin, “Zirai Amaçla Gerçekleştirilen Hukuki İşlemler”, 40ff. Ziraî faaliyet kapsamında yapılan işlemlerin tüketici işlemi olmadığı yönünde Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 19. HD. E. 2012/5374, K. 2012/10722, T. 28.06.2012 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/>, 01.12.2024); Yargıtay 13. HD. E. 2012/13659, K. 2012/17299, T. 03.07.2012 (<https://www.corpus.com.tr/>, erişim tarihi 01.12.2024).

²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 83ff, 150ff.; Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri* (Adalet Yayınevi, 2021), 88ff.; Aslan, *Tüketici Hukuku*, 4ff.; Hasan Seçkin Ozanoğlu, “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı),” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 50, no. 1 (2001): 59ff.; Gümüş, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 17; Akipek Öcal, *Milli Şerhi*, 55-56; Deryal ve Korkmaz, *Yeni Tüketici Hukuku*, 51ff.; H. Tamer İnal, *Tüketici Hukuku* (Seçkin Yayıncılık, 2015), 501; Bahtiyar ve Biçer, “Adi İş/ Ticarî İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi”, 410ff.; Yücer Aktürk, “Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı”, 112ff.; Yıldırım ve Aytuğar, “Tüketici İşlemlerinde Kıymetli Evrak Düzenlenmesi”, 34ff.; Uyumaz ve Türk, “Tacirin Tüketici Sıfatı”, 1599ff.; Yakup Bal, “Tacirin Tüketici Sıfatı Sorunu,” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 13, no. 50 (2022): 368ff.; Özay, “6502 Sayılı Yasa Kapsamında Tüketici İşlemi”, 264ff.; Bahaeddin Berber, “Yargı Kararları Işığında Tüketici Kavramı,” *Konya Barosu Dergisi* 1, no. 1 (2023): 45ff.; Ege Cenger, “Tüketici Hukuku Açısından Taşınır Satımında Ayıplı Mal Kavramı,” *İzmir Barosu Dergisi* 87, no. 3 (2022): 104ff.

²⁴ Uyumaz ve Türk, “Tacirin Tüketici Sıfatı”, 1599; Özay, “6502 Sayılı Yasa Kapsamında Tüketici İşlemi”, 264; Yücer Aktürk, “Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı”, 113.

²⁵ Yücer Aktürk, “Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı”, 114-115; Ayşe Nur Kılınç, “Avukatlık Ücretine İlişkin Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk,” iç. *Necmettin Erbakan Hukuk Araştırmaları Özel Hukuk*, editör Zekeriya Mızırak ve Nuran Koyuncu, Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi Yayınları, 2021, 339ff.

²⁶ Yıldırım ve Aytuğar, “Tüketici İşlemlerinde Kıymetli Evrak Düzenlenmesi”, 34; Karakocalı ve Kurşun, *Tüketici Hukuku*, 27; Ali Suphi Kurşun, “Avukatlık Sözleşmesinin Tüketici İşlemi Bakımından Değerlendirilmesi,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 142 (2019): 292; Akipek Öcal ve Bozkurt, “Tüketici İşlemlerinde Ticari Hükümler”, 676; Aydın Ebrar Günel, *Tüketici İşlemi ve Tüketici İşlemden Doğan Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yoluyla Çözülmesi* (Adalet Yayınevi, 2024), 72.

²⁷ Ozanoğlu, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı”, 59, 65, 72; Ozanoğlu, “Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulama Alanı”, 672, 685; Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 153; Cenger, “Taşınır Satımında Ayıplı Mal Kavramı”, 104;

Doktrinde de tüketici yönünden amaç teorisi olarak ifade edilen teorinin benimsendiği görülmektedir.²⁸ Bu teoriye göre, tüketici işlemin zayıf tarafı olması dolayısıyla değil, takip ettiği amaç sebebiyle tüketici sıfatını kazanmaktadır.²⁹ O hâlde tüketici, bir hukukî ilişkiye girerken ticarî veya meslekî olmayan bir amaç, yani özel nitelikte bir amaç, başka bir ifadeyle kişisel veya ailevî nitelikte özel kullanıma özgü bir amaç takip etmelidir.³⁰ Bu bakımdan ticarî veya meslekî olmayan amacı ifade etmek için kullanılan tüketim amacına göre, malın kullanılması, tüketilmesi, değerinin azaltılması ve kâr elde etme amacıyla hareket edilmemesi söz konusudur.³¹ Her ne kadar ticarî veya meslekî olmayan amaç ifadesi tüketici açısından bu şekilde anlaşılmaya müsait olsa da ticarî veya meslekî amaç kavramından ne anlaşılması gerektiği açık değildir.³² Öncelikle ticarî veya meslekî amaç kavramından ne anlaşılması gerektiğinin ve hangi durumları kapsadığının belirlenmesi gerekir.³³

Ticarî veya meslekî amacın ne olduğu konusunda doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır.³⁴ Bir görüşe göre³⁵, bir mal veya hizmet, başka bir malın hammaddesi olarak ya da başka bir şekilde ticarî hayata dönüyorsa yani üretimde kullanılarak ya da kullanılmadan yeniden satışa sunuluyorsa ve o mal veya hizmet için ödenen maliyet tekrar geri kazanılabiliyorsa ticarî veya meslekî bir amaç söz konusu

Bal, “Tacirin Tüketici Sıfatı”, 368; Karakocalı ve Kurşun, *Tüketici Hukuku*, 26; Ömer Faruk İlğün, *Tüketici İşlemleri Hukuku* (Legal Yayınları, 2021), 2.

²⁸ Ozanoğlu, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı”, 59, 71; Ozanoğlu, “Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulama Alanı”, 671; Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 88; Uyumaz ve Türk, “Tacirin Tüketici Sıfatı”, 1600; Özay, “6502 Sayılı Yasa Kapsamında Tüketici İşlemi”, 264; Bal, “Tacirin Tüketici Sıfatı”, 368.

²⁹ Bkz. Ozanoğlu, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı”, 59; Ozanoğlu, “Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulama Alanı”, 671; Bahtiyar ve Biçer, “Adi İş/ Ticarî İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi”, 402; Bal, “Tacirin Tüketici Sıfatı”, 368; Fakat belirtmek gerekir ki *Ozanoğlu*, tüketicinin, işlemin zayıf tarafını teşkil ettiği gerçeğinin göz ardı edilemeyeceğini ve zayıf tarafı oluşturmalarının, amaç ölçütünün belirlenmesinde yol göstereceğini vurgulamaktadır. Bkz. Ozanoğlu, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı”, 59, dn. 14.

³⁰ Ozanoğlu, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı”, 72; Ozanoğlu, “Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulama Alanı”, 685; Serozan, “Tüketiciyi Koruma Yasasının Sözleşme Hukuku Alanındaki Düzenlemesinin Eleştirisi”, 580; Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 151; Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 89; Akipek Öcal, *Milli Şerh*, 57; Karakocalı ve Kurşun, *Tüketici Hukuku*, 27; Uyumaz ve Türk, “Tacirin Tüketici Sıfatı”, 1600; Bahtiyar ve Biçer, “Adi İş/ Ticarî İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi”, 411, 412; Altop, “Türk Hukukunda, Avrupa Birliği Hukukunda ve Uygulamada Tüketici Kavramı”, 7-8; Aytekin Çelik, “Tüketici İşlemlerindeki Ticari Amaç Unsurunun Ticari İş Açısından Değerlendirilmesi,” *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 2 (2023): 785. Tüketicinin mal veya hizmetten bizzat yararlanması da zorunlu değildir. Bkz. Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 141; Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 81-82; Ahmet Cemil Ünal, “Ticari İş-Tüketici İşlemi Ayrımı Kapsamında Tüzel Kişi Tacirlerin Durumu,” *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 1 (2020): 46.

³¹ Akipek Öcal, Yıldırım, Ermenek, Kutla, *Tüketici Hukuku*, 23-24; Çelik, “Ticari Amaç Unsuru”, 785.

³² Yücer Aktürk, “Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı”, 112; Yıldırım ve Aytuğar, “Tüketici İşlemlerinde Kıymetli Evrak Düzenlenmesi”, 35; Özay, “6502 Sayılı Yasa Kapsamında Tüketici İşlemi”, 264; Çelik, “Ticari Amaç Unsuru”, 778, 784. Kanun koyucu hem tüketici hem de tüketici işlemi tanımında geçen ve işlemin her bir tarafı için farklı anlamlara gelen ticarî veya meslekî amaç kavramını, bu önemine rağmen mevzuatta tanımlamamıştır. Bkz. Çelik, “Ticari Amaç Unsuru”, 784.

³³ Yücer Aktürk, “Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı”, 112.

³⁴ Görüşler için bkz. Yücer Aktürk, “Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı”, 112 ff.; Cenger, “Taşınır Satımında Ayıplı Mal Kavramı”, 105.

³⁵ Aslan, *Tüketici Hukuku*, 4.

olur.³⁶ Bir diğer görüşe göre³⁷, kişinin ticarî veya meslekî bir amaçla hareket edip etmediği onun meslekî kimliğinden anlaşılabilir. Örneğin, otomobil satın almak için kredi talebinde bulunan kişinin, kredi talep formunda basılı bulunan eczane kaşesi, otomobilin meslekî faaliyet için kullanılacağına delili sayılmıştır.³⁸ Bir başka görüşe göre³⁹, bir malı işleyerek ya da olduğu gibi çıkar karşılığı başkasına devretmek üzere edinen kişiler tüketici sayılmazlar. Bazı yazarlar⁴⁰ ise ticarî ve meslekî faaliyet kavramını ayrı ayrı ele almakta ve fakat meslekî faaliyet kavramını izah ederken esas itibarıyla ticarî faaliyet kavramıyla ilgili olarak genel kabul görmüş ilkelerden hareket etmektedirler. Bu görüşe göre ticarî faaliyet, ticaret hukukunun getirdiği yaklaşımlardan farklı şekilde ve kendine özgü ayırıcı unsurlara başvurularak açıklanmalıdır. Bu bakımdan tüketici hukukunda arz ettiği anlam itibarıyla ticarî faaliyetten bahsedebilmek için faaliyetin kısa süreli olmayıp belirli bir süre devam etmesi, bağımsız olması yani faaliyette bulunanın işletme rizikosunu üstlenmesi, işletme ekonomisinin esaslarına uygun olarak planlı hareket etmesi ve ivazlı olması gerekir. Ticarî faaliyet için kazanç elde etme amacının varlığı önem taşımamaktadır.⁴¹ Meslekî faaliyetten bahsedebilmek için ise, süreklilik (devamlılık)⁴², organizasyon ve planlı bir yönetim ile ivazlılık kriterleri aranmaktadır.⁴³ Nihayet doktrinde savunulan ve bizim de katıldığımız son bir görüşe göre⁴⁴, ticarî veya meslekî faaliyetin tespitinde bir takım kriterler getirilmeye çalışılsa da bütün olaylara uygulanabilecek yeknesak bir kriterin kabul edilmesi yerine, her bir somut olayın özellikleri dikkate alınarak buna göre bir sonuca varılması gerekir. Öte yandan, ticarî veya meslekî faaliyetin tespiti hususunda tek bir kriterle bağlı kalarak katı sınırlar çizmek kanun koyucunun amacı ile bağdaşmaz. Dolayısıyla özel amaçlarla hareket eden bir kimsenin duruma göre tüketici sayılmama ihtimali de söz konusu olabilir.⁴⁵ Bu bakımdan örneğin, tacir sıfatı ile bir otomobil

³⁶ Mal veya hizmetin maliyetinin geri kazanılamaması kriteri yerinde değildir. Nitekim işlemin yapıldığı anda ticarî veya meslekî olmayan amaçla hareket edilmiş ve fakat daha sonra söz konusu mal veya hizmetten ticarî veya meslekî bir amaçla yararlanılması durumunda bu kişiler tüketici kavramı dışında tutulmak zorunda kalır, ki bu sonuç doğru olmaz. Diğer taraftan, mal veya hizmetin maliyetinin edinene geri dönmesi hâlinde bile ticarî veya meslekî amaçla hareket edilmemiş olabilir. Bkz. Yücer Aktürk, “Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı”, 114. Ayrıca bkz. Bal, “Tacirin Tüketici Sıfatı”, 371.

³⁷ İnal, *Tüketici Hukuku*, 246.

³⁸ Her ne kadar yapılan işlemde eczane kaşesi kullanılsa da somut olay bakımından bu kredinin özel veya kişisel amaçla kullanılabilmesi mümkün olduğundan, krediden yararlanan kişinin tüketici olmadığını söylemek doğru olmaz. Bkz. Yücer Aktürk, “Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı”, 114.

³⁹ Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 90.

⁴⁰ Ozanoğlu, “Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulama Alanı”, 674-675.

⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ozanoğlu, “Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulama Alanı”, 673-674; Çelik, “Ticarî Amaç Unsuru”, 787, 788. Karş. Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 89; Bahtiyar ve Biçer, “Adi İş/ Ticarî İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi”, 411. Örneğin, birden fazla evi ya da işyeri olan bir kimsenin bu taşınmazlardan düzenli olarak gelir elde etmesi durumunda, devamlılık söz konusu olsa da bu faaliyet bir organizasyon çerçevesinde yerine getirilmediği için ticarî bir amaçtan bahsedilemez. Bkz. Çelik, “Ticarî Amaç Unsuru”, 788.

⁴² Meslekî faaliyet için devamlılık önemli bir unsurdur. Zira kazanç elde etmek için yürütülen bir faaliyetin sürekli olmaması durumunda meslekî faaliyet değil, ticarî faaliyet söz konusu olur. Örneğin, bir mağazada yapılan kampanyadan yararlanarak yeniden satmak ve gelir elde etmek için çok sayıda televizyon satın alan kişinin faaliyeti meslekî değildir, fakat ticarîdir. Bkz. Bahtiyar ve Biçer, “Adi İş/ Ticarî İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi”, 411. Ayrıca bkz. Yıldırım ve Aytuğar, “Tüketici İşlemlerinde Kıymetli Evrak Düzenlenmesi”, 36.

⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ozanoğlu, “Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulama Alanı”, 675ff.; Ayrıca bkz. Bahtiyar ve Biçer, “Adi İş/ Ticarî İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi”, 410-411; Karakocalı ve Kurşun, *Tüketici Hukuku*, 26.

⁴⁴ Yücer Aktürk, “Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı”, 114-115; Bal, “Tacirin Tüketici Sıfatı”, 370-371.

⁴⁵ Bkz. Yücer Aktürk, “Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı”, 114-115; Bal, “Tacirin Tüketici Sıfatı”, 370-371.

satın alan kişi, bu otomobili kişisel ihtiyacı için kullanma amacı güdüyorsa bu kişinin ticarî veya meslekî amaçlarla hareket ettiğinden söz edilmemelidir.⁴⁶

Bazı durumlarda yapılan işlemde hem ticarî veya meslekî amaç hem de ticarî veya meslekî olmayan amaç takip edilmiş olabilir. Örneğin, bir avukatın hem işyerinde hem de evinde kullanmak için bilgisayar satın alması veya bir doktorun hem işyeri hem de konut olarak kullanmak üzere bir konut satın alması. Bu örneklerde birden fazla amaç söz konusu olup, hangi amaca üstünlük tanınacağı yapılan işlemin tüketici işlemi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğini belirleyecektir.⁴⁷ Bu tür işlemlere doktrinde karma amaçlı işlemler denilmekte ve bu durumda tüketici sıfatının tespiti bakımından çeşitli görüşler ileri sürülmektedir.⁴⁸ Bizim de katıldığımız görüşe göre⁴⁹, hangi amaç daha ağır basıyorsa o amaca üstünlük tanınmalı ve buna göre tüketici sıfatı belirlenmelidir. Şüphe hâlinde tüketici lehine yorum yapılarak işlemi tüketici işlemi saymak gerekir.⁵⁰ Bu bakımdan örneğin, bir araç ruhsata hususî olarak işlenmiş ve onun çoğunlukla ticarî veya meslekî amaç için özgülendiği somut delillerle ispat edilememişse bu durumda aracın hususî özelliğinin daha ağırlıklı olduğu; buna karşılık ruhsata ticarî olarak işlenmişse ve çoğunlukla hususî amaca özgülendiği somut delillerle ispat edilememişse bu durumda da ticarî özelliğinin daha ağırlıkta olduğu sonucuna varılmalıdır.⁵¹ Başka bir görüşe göre⁵², karma amaçlı işlemlerde muhasebe tekniği açısından bir bölünme mümkün olmadığı için bu işlemler bir bütün olarak kayda geçeceğinden yapılan işlemi tüketici işlemi olarak kabul etmek mümkün olmayacaktır. Bir diğer görüşe göre⁵³, edinilen mal veya hizmetin ticarî veya meslekî amaçla olmayan kısmı, ticarî veya meslekî amaçla edinilen kısımdan ayrıştırılabiliyorsa, bu kısımlar bakımından

⁴⁶ Bkz. Yücer Aktürk, “Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı”, 115.

⁴⁷ Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 156; Uyumaz ve Türk, “Tacirin Tüketici Sıfatı”, 1601-1602; Yücer Aktürk, “Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı”, 115. “Ancak bir mal veya hizmet, ticarî veya meslekî amaçla alınmasına rağmen istisnai olarak özel amaçlar için de kullanılıyorsa ya da özel amaçlar için alınmasına rağmen istisnai olarak ticarî veya meslekî amaçlarla da kullanılıyorsa, bu durumda karma amaçtan söz edilemez. Zira karma amaçtan anlaşılması gereken istisnai kullanımların var olması değil, her iki amacın da birlikte var olmasıdır”, bkz. Uyumaz ve Türk, “Tacirin Tüketici Sıfatı”, 1602. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin bir kararına göre; “Bir ticarî ortaklığın kendi adına araç alması ve bu aracı ticarî ortaklığın işlerinde kullanması ve bazen de özel nitelikte kullanması, işlemin niteliğini değiştirmez. Aksi halin düşünülmesi hem vergi yasaları ve hem de ortaklık bilançosu bakımından karışıklıklar yaratacak nitelik taşımaktadır. Bu itibarla, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde 4077 sayılı Yasanın uygulanması söz konusu değildir.”, bkz. Yargıtay 11. HD. E. 1997/1815, K. 1997/5112, T. 26.06.1197 (<https://www.corpus.com.tr/>, erişim tarihi 01.12.2024).

⁴⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 96ff.; Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 156-157; Cenger, “Taşınır Satımında Ayıplı Mal Kavramı”, 107-108.

⁴⁹ Ozanoğlu, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı”, 61; Ozanoğlu, “Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulama Alanı”, 682; Bal, “Tacirin Tüketici Sıfatı”, 372. Ayrıca bkz. Vahit Doğan, “Tüketici Akitlerine Uygulanacak Hukukun Tespiti,” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 1-2 (Prof. Dr. M. Şakir Berki’ye Armağan) (1996): 157.

⁵⁰ Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 156. Avrupa Birliği Adalet Divanı karma amaçla yapılan bir işlemde, ticarî veya meslekî olmayan amacın baskın olması sebebiyle tüketici işlemi sayılması gerektiğini kabul etmiştir. Bkz. Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 96, dn. 113.

⁵¹ Bkz. Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 97-98; Bal, “Tacirin Tüketici Sıfatı”, 372. Amacın ağırlığının nasıl belirleneceği yönünde bkz. Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 97-98; Uyumaz ve Türk, “Tacirin Tüketici Sıfatı”, 1603.

⁵² Zevkliler’in görüşü için bkz. Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 96; Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 156; Doğan, “Tüketici Akitlerine Uygulanacak Hukuk”, 157; Yücer Aktürk, “Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı”, 115; Uyumaz ve Türk, “Tacirin Tüketici Sıfatı”, 1602; Günel, *Tüketici İşlemi*, 82.

⁵³ Yücer Aktürk, “Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı”, 115. Ayrıca bkz. Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 97-98.

tüketici sıfatının mevcut olduğunu kabul etmek gerekir. Bir başka görüşe göre⁵⁴, işleme konu mal veya hizmetin ticarî veya meslekî amaçlı olmayan kısımlarını diğer kısımlardan ayırmak mümkün ise bu kısımlar bakımından tüketici sıfatı söz konusu olacak, diğer kısım için ise tüketici sıfatından söz edilemeyecektir. Şayet işlem bölünebilir nitelikte değilse, o zaman hangi amacın daha ağır bastığına bakılarak bir sonuca varılmalıdır.

Bir kimsenin ticarî veya meslekî bir amaç taşıyıp taşımadığı, hukukî işlemin yapıldığı ana göre belirlenir. Bu bakımdan bir kimsenin tüketici olup olmadığı belirlenirken işlemi yaptığı andaki iradesi esas alınır.⁵⁵ İşlemi yaptıktan sonra ticarî ve meslekî olmayan amacının değişmesi, yapılan işlemin niteliğini etkilemez. Örneğin, barınma amacıyla edinilen konutun, daha sonra işyeri olarak kullanılması, başkasına satılması ya da kiraya verilmesi⁵⁶, söz konusu işlemi tüketici işlemi olmaktan çıkarmaz. Nitekim önemli ve belirleyici olan işlemin yapıldığı andaki tüketicinin iradesidir. Keza aynı husus bu durumun tersi için de geçerlidir. Şöyle ki, ticarî veya meslekî amaçla edinilen bir yerin daha sonra konut olarak kullanılmaya başlanması, yapılan işlemin niteliğini değiştirmeyecek ve söz konusu işlem tüketici işlemi hâline gelmeyecektir.⁵⁷

Bazı durumlarda yapılan işlemdeki ürün sayısı da ticarî veya meslekî amaçla hareket edilip edilmediği noktasında belirleyici olabilir. Edinilen malın miktarı ya da sayısı arttıkça kişinin meslekî ve ticarî olmayan amaçla hareket edip etmediği sorgulanmakta ve tüketici olmadığı sonucuna varılabilmektedir.⁵⁸ Belirtmek gerekir ki, işlemin yapıldığı anda birden çok ürün edinilmesi ile tüketicinin sahip olduğu ürünlerin sayısı birbirinden ayrı tutulmalıdır. Bu bakımdan örneğin, üç evi olan bir kimse aldığı dördüncü evi yazlık olarak kullanmak amacıyla, yani özel bir amaçla edinmiş olabilir. Bununla birlikte bu kişinin aynı anda üç ev alması durumunda bir düşünmek gerekir. Bu evleri ailesinin

⁵⁴ Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 97; Uyumaz ve Türk, “Tacirin Tüketici Sıfatı”, 1603.

⁵⁵ Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 88; Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 158; Yücer Aktürk, “Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı”, 116; Emel Tekten, “Tüzel Kişi Tacirlerin Tüketici Sıfatı Sorunu ve Bu Kapsamda Taraf Oldukları Hukukî Uyuşmazlıkların Ticarî/Tüketici Dava Şartı Arabuluculuğa Etkileri.” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 31, no. 1 (2023): 10; Özay, “6502 Sayılı Yasa Kapsamında Tüketici İşlemi”, 266; Berber, “Yargı Kararları Işığında Tüketici Kavramı”, 46; Ünal, “Ticarî İş-Tüketici İşlemi Ayrımı”, 46; Mehmet Doğan, “Karma Kullanım Amaçlı Bir Konut Satışı Açısından TKHK Hükümlerinin Uygulanması Sorunu.” *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 1 (2021): 318-319. Şu husus da belirtmek gerekir ki, işlemin yapıldığı anda ticarî veya meslekî olmayan bir amaç varmış gibi gösterip daha sonradan ticarî veya meslekî bir amaçla hareket edilmişse o zaman yapılan işlem tüketici işlemi olarak kabul edilemez. Örneğin, konut kredisi sözleşmesinde kredi alanın amacı barınma ihtiyacını karşılamak olmadığı hâlde TKHK hükümlerinden yararlanmak için bu amaçla hareket edilmiş gibi gösterilmişse, sonradan taraflar arasında bir uyuşmazlık çıktığında kredi alan, yapılan sözleşmenin TKHK m. 32 kapsamında olduğunu ileri süremeyecektir. Bu konuda ispat yükü kredi verendedir. Bkz. Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 158, dn. 143.

⁵⁶ Tüketici konutu barınma amacıyla edinmekte, fakat konut kredisini ödemek için bu konutu belli bir süreyle kiraya vermişse, bu işlem de yine tüketici işlemi olarak kabul edilmektedir. Nitekim burada tüketicinin asıl amacı konut edinmek, yani barınma ihtiyacını karşılamak olup belirli bir zamana kadar ya da borç bitene kadar konutun kiraya verilmesi işlemin niteliğini değiştirmez. Bkz. Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 153.

⁵⁷ Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 93, 152-153, 158; Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 88-89; Doğan, “Karma Kullanım Amaçlı Bir Konut Satışı”, 318-319. Bazı durumlarda tüketicinin amacı ticarî veya meslekî olmayan bir amaç, bireysel kullanım olsa da örneğin, daha az vergi vermek için aldığı aracın şirket adına kaydedilmesi durumunda yapılan işlem tüketici işlemi olarak kabul edilmeyecektir. Bkz. Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 158, dn. 143; Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 88. Bu yönde Yargıtay kararı için bkz. YHGK E. 2011/19-500, K. 2011/550, T. 21.09.2011 (<https://www.corpus.com.tr/>, erişim tarihi 01.12.2024).

⁵⁸ Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 94; Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 94; Cenger, “Taşınır Satımında Ayıplı Mal Kavramı”, 106-107.

kullanımı için alıyorsa ve her birini çocuklarına hediye etmek amacıyla alıyorsa o zaman bu işlem tüketici işlemi sayılmalıdır. Esasında burada yine sayıya değil, kişinin işlemi yapma amacına bakılmaktadır.⁵⁹

2. Gerçek veya Tüzel Kişi Olma

Kanun koyucu ticarî veya meslekî amaç taşımayan hem gerçek kişilerin hem de tüzel kişilerin tüketici olabileceğini ifade etmiştir.⁶⁰ Kanunda esas olarak korunmak istenen gerçek kişilerdir.⁶¹ Fakat tüzel kişilerin de gerçek kişiler gibi ticarî veya meslekî amaç taşımadan gerçekleştirdiği hukukî işlemler olabilir.⁶² Özellikle kâr amacı gütmeyen, ideal amaç taşıyan tüzel kişiler, dernekler, vakıflar ve tüketici örgütlerinin tüketici olarak kabul edilmesi mümkündür.⁶³ Örneğin, yaşlıların bakımı amacıyla kurulan bir denneğin amacını gerçekleştirmek üzere bazı bakım malzemelerini satın alması hâlinde ticarî ve meslekî amaç taşımadan gerçekleştirdiği bir hukukî işlem söz konusudur ve tüketici sayılmalıdır. Bununla birlikte tüzel kişi tacirlerin tüketici olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışmalıdır.

Türk Ticaret Kanunu m. 19 hükmünde tacirin borçlarının ticarî iş olduğu yönünde bir karine öngörülmüştür. Bununla birlikte hükümde gerçek kişi tacirlerin belli şartlar altında adî işlerinin de olabileceği kabul edilmiştir. Gerçek kişi tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticarî işletmesiyle ilgili

⁵⁹ Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 94; Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 94. Yargıtay'ın konu ile ilgili farklı kararları bulunmaktadır. Bir uyuşmazlıkta bir kimsenin aynı anda iki konut almasını tüketici işlemi olarak kabul ederken; üç konut almasını tüketici işlemi olarak kabul edilmemiştir. Bkz. Yargıtay 13. HD. E. 2011/3631, K. 2011/9422, T. 14.06.2011; Yargıtay 14. HD. E. 2007/4661, K. 2007/6781, T. 05.06.2007; Samsun BAM 2. HD. 2017/467, K. 2017/439, T. 16.06.2017 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/>, erişim tarihi 01.12.2024); Yargıtay 13. HD. E. 2015/5232, K. 2015/8680, T. 18.3.2015 kararında, “geleceğini garanti altına almak amacıyla 6 bağımsız bölüm satın alan davacının tüketici kapsamına giremeyeceği gerekçesi ile taraflar arasında 6502 sayılı Yasa kapsamında kalan bir ilişkinin mevcut olmadığı” şeklinde hüküm vermiştir. (<https://www.corpus.com.tr/>, erişim tarihi 01.12.2024).

⁶⁰ 6502 sayılı TKHK tasarısında tüketici, “ticarî veya meslekî olmayan amaçlarla hareket eden gerçek kişi” olarak tanımlanmış ve madde gerekçesinde de tüzel kişilerin tüketici kavramının dışında tutulması esaslı bir değişiklik olarak nitelendirilmiştir. Ancak Meclis Komisyon’undaki görüşmelerde tüzel kişiler, tüketici tanımına yeniden eklenmiştir. Bunun gerekçesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu’na sunulan Alt Komisyon Raporunda “yürürlükteki 4077 sayılı Kanundaki tüketici tanımı ve uygulamada yerleşmiş yargı içtihadlarıyla tüzel kişilerin de tüketici kavramı içerisinde yer alması ve özellikle kamu yararına çalışan dernek ve vakıfların tüketici tanımı kapsamında değerlendirilmesinin yararlı olacağı düşüncesiyle “tüketici” tanımının kapsamına tüzel kişilerin de dahil edilmesini teminen “gerçek” ibaresinden sonra gelmek üzere “veya tüzel” ibaresinin eklenmesi” olarak belirtilmiştir.; Avrupa Birliği Hukukunda tüketici kavramına ilişkin getirilen düzenlemelerde tüzel kişiler tüketici olarak kabul edilmemiştir. AB hukukunda tüketici kavramına ilişkin yapılan tanımlamalar için bkz. I. A.

⁶¹ Bahtiyar ve Biçer, “Adi İş/ Ticarî İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi”, 402; Karakocalı ve Kurşun, *Tüketici Hukuku*, 22ff.; Uyumaz ve Türk, “Tacirin Tüketici Sıfatı”, 1612; Tüzel kişilerin tüketici sıfatının istisnai olması gerektiği yönünde bkz. Gümüş, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 17; Günel, *Tüketici İşlemi*, 74.

⁶² Deryal ve Korkmaz, *Yeni Tüketici Hukuku*, 60; Karakocalı ve Kurşun, *Tüketici Hukuku*, 23.

⁶³ Kara, *Tüketici Hukuku*, 72; Aslan, *Tüketici Hukuku*, 8; Gümüş, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 17, 30; Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 145; Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 82, 84; Karakocalı ve Kurşun, *Tüketici Hukuku*, 24; Deryal ve Korkmaz, *Yeni Tüketici Hukuku*, 60; Uyumaz ve Türk, “Tacirin Tüketici Sıfatı”, 1622; Özel, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, 60; Altop, “Türk Hukukunda, Avrupa Birliği Hukukunda ve Uygulamada Tüketici Kavramı”, 11; Yücer Aktürk, “Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı”, 126; Eren Çıtır, “Ticarî İş - Tüketici İşlemi İlişkisi.” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20, no. 3 (2016): 42; Tekten, “Tüzel Kişi Tacirlerin Tüketici Sıfatı Sorunu”, 18; Sezer Çabri, “Yargıtay Kararları Doğrultusunda Tüketici İşlemi Kavramı,” iç. *Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu* (20 Kasım 2018), editör İpek Yücer Aktürk (Yetkin Yayıncılık, 2019), 139.

olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticarî sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde adı iş sayılır. Dolayısıyla gerçek kişi tacir, ticarî işletmesi ile ilgili işlerde kural olarak tüketici sayılamaz⁶⁴; ancak kanunda belirtilen istisnaî durumlarda tüketici sayılması mümkündür. Örneğin, gerçek kişi tacirin çocuğunun kullanımı için yaptığı bilgisayar satışına ilişkin hukukî işlem bakımından tüketici sayılması mümkündür.

Öte yandan TTK m. 19 hükmünde tüzel kişi tacirlerin gerçekleştirdiği işlemler bakımından gerçek kişi tacirlerde olduğu gibi bir istisnaya yer verilmemiştir. Bu sebeple doktrinde hakim görüş olan ve bizim de katıldığımız görüşe göre TTK kapsamındaki tüzel kişi tacirlerin veya nihai amacı gelir elde etmek olan diğer tüzel kişilerin tüketici olarak kabul edilmesi mümkün değildir.⁶⁵ Tüzel kişinin işleminin faaliyet alanı veya işletme konusuyla ilgili olup olmamasının da yapılan değerlendirme için bir önemi bulunmamaktadır.⁶⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da “Tüzel kişi tacirin barınma, gıda, giyinme ve aile gibi özel insani ihtiyaçları olmadığı için bunların hakiki şahıslar gibi adi borç ilişkileri alanı olmadığı kabul edilir. Ticaret şirketleri bir ticarî işletme işletmiyor olsalar dahi TTK.’nın 18/1.maddesi gereğince kanunen tacirdirler. Doğrudan ticarî amaçla ya da işletmenin iç ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla olup olmadığına bakılmaksızın bütün hukukî ilişkileri ticarî faaliyet kapsamında olup özel hayatlarına ilişkin bir işlem söz konusu olamayacaktır...Bu nedenle de, bir ticarî şirketin altına kaşesiyle birlikte asıl borçlu olarak yetkili temsilcisi eliyle imza koyduğu sözleşmenin “Tüketici Kredisi” başlığını taşıması, salt bu nedenle alınan kredinin tüketici kredisi olarak kabulünü gerektirmemektedir.” kararı⁶⁷ ile tüzel kişi tacirlerin tüketici olarak kabul edilemeyeceğini ifade

⁶⁴ Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 142; Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 82; Uyumaz ve Türk, “Tacirin Tüketici Sıfatı”, 1616-1617; Bahtiyar ve Biçer, “Adi İş/ Ticarî İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi”, 404; Berber, “Yargı Kararları Işığında Tüketici Kavramı”, 50; Aslan, *Tüketici Hukuku*, 8; Bal, “Tacirin Tüketici Sıfatı Sorunu”, 376; Ünal, “Ticarî İş-Tüketici İşlemi Ayrımı”, 41-42; Çabri, “Yargıtay Kararları Doğrultusunda Tüketici İşlemi Kavramı”, 137; Günel, *Tüketici İşlemi*, 75.

⁶⁵ Şebnem Akipek Öcal ve İlhan Kara, *Tüketici Hukuku Ders Kitabı* (Yetkin Yayınları, 2023), 32; Uyumaz ve Türk, “Tacirin Tüketici Sıfatı”, 1618; Bahtiyar ve Biçer, “Adi İş/ Ticarî İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi”, 404; Gümüş, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 31; Akipek Öcal, *Millî Şerh*, 56; Aslan, *Tüketici Hukuku*, 7; Berber, “Yargı Kararları Işığında Tüketici Kavramı”, 50ff.; Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 82; Kara, *Tüketici Hukuku*, 163; ; Özel, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, 60; Deryal ve Korkmaz, *Yeni Tüketici Hukuku*, 60; Bal, “Tacirin Tüketici Sıfatı Sorunu”, 377; İlgün, *Tüketici İşlemleri Hukuku*, 8; Ünal, “Ticarî İş-Tüketici İşlemi Ayrımı”, 42, 48, 50; Ali Selman, Erkuş, “Tüketici Kavramının Genişletilmesi,” iç. *Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu (20 Kasım 2018)*, editör İpek Yücer Aktürk (Yetkin Yayıncılık, 2019), 25. TKHK m. 51/9 hükmüne göre “*ticarî veya meslekî faaliyetleri çerçevesinde paket tur hizmetinden faydalanan kişiler de tüketici olarak kabul edilir.*” Kanunkoyucu paket tur sözleşmelerinden yararlanan kişiler bakımından işlemin ticarî ve meslekî faaliyetleri ile ilgili olup olmadığına bakılmadan tüketici sayılacaklarını öngörmüştür. Doktrinde TKHK m. 51/9 hükmünde olduğu gibi, kanunda aksine bir hüküm varsa ancak o zaman tüzel kişi tacirlerin tüketici sayılabileceği belirtilmektedir. Bkz. Bahtiyar ve Biçer, “Adi İş/ Ticarî İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi”, 404, dn. 31; Kara, *Tüketici Hukuku*, 72-73. Tüzel kişi tacirlerin ticarî amaç dışında bir amacı olamayacağını savunan yazarların bir kısmı, tüzel kişi tacirin bağış amacıyla bir şey satın almasında olduğu gibi bazı işlemlerinin tüketici işlemi sayılabileceğini ifade etmektedir. Bkz. Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 82.

⁶⁶ Uyumaz ve Türk, “Tacirin Tüketici Sıfatı”, 1626.

⁶⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2011/19-500 K.2011/550 T.21.09.2011 (<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, erişim tarihi 01.12.2024). Aynı yönde bkz. Yargıtay 13. HD., E. 2014/17865, K. 2014/41513 T. 24.12.2014. Yargıtay’ın tüzel kişi taciri tüketici olarak kabul ettiği kararları da bulunmaktadır. Bkz. Yargıtay 19.HD, E. 1999/3932 K. 1999/4621 T.06.07.1999 tarihli kararında tüzel kişi tacirin tüketici sayılmasını “*Bir tacirin borçlarının niteliğini düzenleyen TTK.nun 2-1 maddesi, tüzel kişi tacirlerin özel amaçlarla nihai tüketici olmalarını engelleyen bir anlam taşımamaktadır. Tamamen kendisine özgü etkin, kısa ve ekonomik bir prosedür içinde tüketicinin hakkına kısa yoldan kavuşmasını amaçlayan kanunun, işletmesinin tüketim ihtiyacı kadar (lastik, temizlik eldiveni, temizlik malzemesi, kırılan kapı kilidinin*

etmiştir. Bazı yazarlar⁶⁸ ise kanun koyucunun tüketici tanımında tacir sıfatına sahip tüzel kişiler ile diğer tüzel kişiler arasında herhangi bir ayrım yapmadığını; tüzel kişi tacirlerin iktisadî faaliyet konuları dışında kalan mal ve hizmet edinimleri bakımından tüketici olarak kabul edilmelerinin mümkün olduğunu savunmaktadır. Her ne kadar TTK m. 19 hükmünde tüzel kişi tacirlerin gerçekleştirdiği işlemler bakımından gerçek kişi tacirlerde olduğu gibi bir istisnaya yer verilmemiş olsa dahi bu görüşteki yazarlara göre, TKHK'daki düzenleme hem özel hem de sonraki kanun olması sebebiyle TTK m. 19/2 hükmünün bir istisnasıdır.⁶⁹

Kâr amacı gütmeyen dernek ve vakıflar, tüketicidir⁷⁰. Bununla birlikte ideal amaçlarına varmak amacıyla dernek ve vakıflar ticarî işletme de işletebilirler. TTK m. 16'ya göre amacına varmak için ticarî bir işletme işleten dernek ve vakıflar tacir sayılır. Dolayısıyla dernek ve vakıfların ticarî işletme faaliyeti kapsamında yapılan hukukî işlemleri için tüketici sayılmaları mümkün değildir.⁷¹

Kamu tüzel kişilerinin tüketici sıfatına ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Bazı yazarlar⁷², haklı olarak, kamu tüzel kişilerinin nitelikleri gereği tüketici sıfatına sahip olamayacağı kanaatindedir. Nitekim devletin gücünü kullanan kamu tüzel kişilerinin korunmayı gerektiren zayıf bir konumda bulunmalarından bahsedilemez.⁷³ Bazı yazarlar⁷⁴ ise ticarî veya meslekî bir amaçla hareket etmedikleri sürece kamu tüzel kişilerinin de tüketici olabileceğini savunmaktadır.

3. Bir Harekette Bulunma

Mülga 4077 sayılı TKHK m. 3/e'ye göre bir mal veya hizmeti ticarî veya meslekî olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan kişiler tüketici sayılmaktaydı. 6502 sayılı TKHK'da ise “mal veya hizmeti”, “edinen, kullanan veya yararlanan” ifadesi yerine “hareket eden” ifadesi tercih edilmiştir. İlgili hükmün gerekçesinde tüketici tanımındaki değişikliğe ilişkin bir açıklama bulunmamakla birlikte doktrinde, söz konusu değişikliğin sebebi olarak tüketicinin yalnızca

yenisi, soğutma cihazı vs. gibi) malı almak suretiyle nihai tüketimde bulunan bir tüzel kişi taciri, korumanın kapsamı dışında bıraktığı düşünülemez.” şeklinde gerekçelendirmiştir. (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/>, erişim tarihi 01.12.2024).

⁶⁸ Yücer Aktürk, “Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı”, 121ff; Altop, “Türk Hukukunda, Avrupa Birliği Hukukunda ve Uygulamada Tüketici Kavramı”, 10; Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 149.

⁶⁹ Bkz. Yücer Aktürk, “Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı”, 121ff; Çıtır, “Ticarî İş - Tüketici İşlemi İlişkisi”, 48;

⁷⁰ Aslan, *Tüketici Hukuku*, 8; Gümüş, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 17, 30; Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 145; Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 82, 84; Karakocalı ve Kurşun, *Tüketici Hukuku*, 24; Deryal ve Korkmaz, *Yeni Tüketici Hukuku*, 60; Uyumaz ve Türk, “Tacirin Tüketici Sıfatı”, 1622; ; Özel, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, 60; Altop, “Türk Hukukunda, Avrupa Birliği Hukukunda ve Uygulamada Tüketici Kavramı”, 11; Yücer Aktürk, “Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı”, 126.

⁷¹ Gümüş, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 18; Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 146; Uyumaz ve Türk, “Tacirin Tüketici Sıfatı”, 1622; Altop Tacir sayılan dernek ve vakıfların, ticarî işletmenin arzi faaliyetleri bakımından tüketici olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. Altop, “Türk Hukukunda, Avrupa Birliği Hukukunda ve Uygulamada Tüketici Kavramı”, 11-12.

⁷² Gümüş, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 17; Akipek Öcal ve Kara, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 32; Bahtiyar ve Biçer, 404; Altop, “Türk Hukukunda, Avrupa Birliği Hukukunda ve Uygulamada Tüketici Kavramı”, 12; Bal, “Tacirin Tüketici Sıfatı Sorunu”, 374; Yargıtay 13. HD. E. 2015/24165 K. 2015/23522 T. 6.7.2015 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/>, erişim tarihi 01.12.2024). Erkuş, TKHK'da satıcı kavramı tanımlanırken kamu tüzel kişilerinden bahsedilmesine rağmen tüketici tanımında bu kavrama yer verilmemesinden bahisle kamu tüzel kişilerinin tüketici sıfatından faydalanamayacağını ifade etmektedir. Bkz. Erkuş, “Tüketici Kavramının Genişletilmesi”, 25.

⁷³ Altop, “Türk Hukukunda, Avrupa Birliği Hukukunda ve Uygulamada Tüketici Kavramı”, 12; Berber, “Yargı Kararları Işığında Tüketici Kavramı”, 52-53.

⁷⁴ Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 147; Çabri, “Yargıtay Kararları Doğrultusunda Tüketici İşlemi Kavramı”, 140-141.

sözleşmenin tarafı olarak değil, sözleşme yapılmadan önce veya sözleşme yapıldıktan sonra da koruma ihtiyacının ortaya çıkmış olması gösterilmektedir.⁷⁵

Söz konusu değişikliklerle tüketicinin hareket tarzına ilişkin bir malın veya hizmetin edinilmesi, kullanılması veya yararlanılması gibi özel bir belirleme yapılmamıştır.⁷⁶ Dolayısıyla ticarî veya meslekî amaçla hareket etmediği sürece edinim konusunun veya alıcı ya da satıcı konumunda olmasının tüketici sıfatına bir etkisi olmayacaktır. Ayrıca hareket eden ifadesiyle henüz sözleşmenin yapılmadığı durumlar da kapsama dâhil edilerek kapsam daha da genişletilmiştir ve ortada henüz bir sözleşme olmasa dahi tüketici korunur.⁷⁷

II. TİCARÎ VEYA MESLEKÎ AMAÇLA HAREKET EDEN KİŞİLERE TİCARÎ VEYA MESLEKÎ AMAÇ OLMAKSIZIN MAL VEYA HİZMET SUNAN KİŞİLERİN DURUMU

Bir hukukî işlemin taraflarından birinin ticarî veya meslekî bir amaç taşımaksızın mal veya hizmet edindiği, kullandığı veya yararlandığı ve diğer tarafın ise ticarî veya meslekî amaçla bir mal veya hizmet sunduğu durumlarda bir tüketici işlemi bulunduğu konusunda şüphe bulunmamaktadır. Örneğin, kuyumcudan altın bir kolyenin, bir otomobil bayiinden otomobilin, antikacıdan bir vazunun satın alınmasında alıcı, ticarî veya meslekî bir amaçla bu işlemi gerçekleştiriyorsa tüketicidir ve karşı taraf ticarî veya meslekî amaçla hareket eden kimselerden olduğu için yapılan işlem tüketici işlemidir. Tüketici işlemi olarak kabul edilen hukukî işlemler incelendiğinde çoğunlukla ticarî veya meslekî amaçla hareket eden satıcı veya sağlayıcılardan tüketicilerin bir mal veya hizmeti edindiği, kullandığı veya yararlandığı görülmektedir.⁷⁸ Bununla birlikte ticarî veya meslekî amaçla hareket eden kişilere, ticarî veya meslekî amaç olmaksızın mal veya hizmet sunan kişiler de tüketici olarak değerlendirilebilir mi, bu hâlde de bir tüketici işleminin varlığından söz edilebilir mi? Kuyumcuya altın kolyesini, otomobil bayiine otomobilini veya antikacıya antika vazosunu satan kimse tüketici olarak kabul edilebilir mi?

Mülga 4077 sayılı TKHK'nın ilk hâlinde tüketici işlemi kavramına yer verilmemiştir. 2003 yılında 4077 sayılı TKHK'da yapılan değişikliklerle tüketici işlemi kavramı, tanımlara eklenerek “*mal veya hizmet piyasalarında tüketici ile satıcı sağlayıcı arasında yapılan her türlü hukukî işlem*” olarak tanımlanmıştır. 6502 sayılı TKHK m. 3/1 hükmünde ise kavram genişletilerek “*mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticarî veya meslekî amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukukî işlemi,*” tüketici işlemi olarak kabul edilmektedir. Söz konusu hükümde tüketici kavramında olduğu gibi “amaç” odak alınmış olup tüketici ile ticarî veya meslekî amaçla hareket eden kişiler arasında kurulmuş olan her türlü hukukî işlemin tüketici işlemi olacağı ifade edilmiştir.⁷⁹ Dolayısıyla bir hukukî işlemin

⁷⁵ Aslan, *Tüketici Hukuku*, 8; Ünal, “Ticarî İş-Tüketici İşlemi Ayrımı”, 46. Benzer şekilde hem kapsama ilişkin hükümde “tüketiciye yönelik uygulamalar” da kapsama alınarak hem de tüketici işlemi tanımında hükmün kapsamını ve kanunun uygulamasını genişletecek değişiklikler yapılmıştır. Bu nedenle tüketici tanımındaki değişikliklerin de tüketici kavramını daraltma amaçlı olmadığı yönünde bkz. Aslan, *Tüketici Hukuku*, 8.

⁷⁶ Hükümde yer alan edinen, kullanan ve yararlanan ifadelerini hazır bir malın alınması ve nihai olarak tüketilmesi olarak yorumlayan Yargıtay, dar kapsamlı mal ve hizmet ilişkilerini tüketici işlemi olarak kabul etmekte ve eser sözleşmesi gibi sözleşmeleri tüketici işlemi olarak saymamaktaydı. Bkz. Özay, “6502 Sayılı Yasa Kapsamında Tüketici İşlemi”, 264; Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 114.

⁷⁷ Aslan, *Tüketici Hukuku*, 9; Deryal ve Korkmaz, *Yeni Tüketici Hukuku*, 51, 60ff.; Berber, “Yargı Kararları Işığında Tüketici Kavramı”, 44. Ayrıca TKHK hükümlerine başvurulması sadece tüketici sözleşmeleri bakımından değil, ilan yoluyla ödül sözü verme gibi bazı tek taraflı hukukî işlemler bakımından da söz konusudur. Bkz. Akipek Öcal, Yıldırım, Ermenek, Kutla, *Tüketici Hukuku*, 23.

⁷⁸ Kara, *Tüketici Hukuku*, 82; Çabri, “Yargıtay Kararları Doğrultusunda Tüketici İşlemi Kavramı”, 134.

⁷⁹ Kara, *Tüketici Hukuku*, 74, 83; Ozanoğlu, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı”, 60; Çelik, “Ticarî Amaç Unsuru”, 779; İlgün, *Tüketici İşlemleri Hukuku*, 2; Erkuş,

tüketici işlemi olarak kabul edilmesinde taraflar arasındaki hukukî işlemin adının, niteliğinin, parasal değerinin kural olarak önemi bulunmamaktadır.⁸⁰

Bir hukukî işlemin tüketici işlemi sayılabilmesi için taraflardan biri, mutlaka tüketici olmalıdır. Yukarıda detaylı olarak açıklandığı üzere TKHK m. 3/k'ya göre tüketici ise *ticarî veya meslekî olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişilerdir*. Hukukî işlemin bir tarafının tüketici olarak kabul edilebilmesi için ticarî veya meslekî olmayan bir amaçla hareket etmek yeterlidir. Başka bir ifadeyle, tüketici sıfatı belirlenirken esas olan tarafın hangi amaçla hareket ettiğidir. Bu bağlamda değerlendirildiğinde ticarî veya meslekî bir amaç olmaksızın mal veya hizmet sunan kişi de kanun koyucunun esas aldığı amacı taşımaktadır.

Mülga 4077 sayılı TKHK'dan farklı olarak 6502 sayılı TKHK'da tüketici tanımında yalnızca “*hareket eden*” ifadesi tercih edilmiş, tüketicinin hareket tarzına ilişkin özel bir belirleme de yapılmamıştır. Bir kimsenin tüketici sayılabilmesi için mutlaka mal veya hizmet alan tarafta yer alması şartı TKHK'da bulunmamaktadır. TKHK⁸¹ m. 3/1 'da ticarî veya meslekî amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden kişiler sağlayıcı; m. 3/i'de ise ticarî veya meslekî amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden kişiler satıcı olarak adlandırılmışsa da kanun koyucu tüketici işlemini tanımlarken satıcı veya sağlayıcı kavramlarına ilgili hükümde yer vermemiştir. Dolayısıyla bir tüketici işleminin söz konusu olması için taraflardan birinin tüketici olması gerekirken diğer tarafın *mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticarî veya meslekî amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi* olması yeterlidir. Sözleşmenin diğer tarafının bir satım sözleşmesindeki satıcı yahut bir kredi sözleşmesinde kredi veren gibi farklı pozisyonları bulunabilir.⁸² Bununla birlikte bu tarafın TKHK m. 3/1 ve i bentleri çerçevesinde satıcı veya sağlayıcı tanımlarını karşılaması gerekmez. Başka bir ifadeyle bir tüketici işleminin söz konusu olabilmesi için bir tarafın ticarî veya meslekî amaçla hareket ederken diğer tarafın ticarî veya meslekî amaçla hareket etmemesi yeterli olacaktır.⁸³

“Tüketici Kavramının Genişletilmesi”, 26ff.; Karakocalı ve Kurşun'a göre, tüketici işleminden söz edebilmek için tam iki tarafa borç yükleyen bir hukukî işlem bulunmalıdır. Dolayısıyla sözleşme dışındaki hukukî işlemlerin tüketici işlemi olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Bkz. Karakocalı ve Kurşun, *Tüketici Hukuku*, 17.

⁸⁰ Akipek Öcal, *Milli Şerh*, 57; Kara, *Tüketici Hukuku*, 83, 166; Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 117; Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 94ff.; Ayşe Havutcu, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Konu Bakımından Uygulama Alanı: Özellikle Tüketici İşlemleri Bakımından Kanun'un Kapsamı,” *Terazi Hukuk Dergisi* 9, no. 99 (2014): 11.

⁸¹ Mülga 4077 sayılı TKHK m. 3/g hükmünde satıcı kavramı tanımlanmış olup “*Satıcı: Kamu kurum ve kuruluşları da dahil olmak üzere tüketiciye mal ve hizmet sunan gerçek veya tüzel kişileri*,” ifade etmektedir.

⁸² Akipek Öcal, *Milli Şerh*, 58; Havutcu, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Konu Bakımından Uygulama Alanı”, 17. Tüketicinin karşısında yer alan kişi hukukî işlemin türüne göre satıcı, sağlayıcı, kredi veren, bayii, acente, imalatçı, ithalatçı olarak adlandırılabilir. Bu nedenle doktrinde müteşebbis veya girişimci kavramları tercih edilmektedir. Bkz. Kara, *Tüketici Hukuku*, 84; Girişimci kavramının TKHK kapsamında ya satıcı ya da sağlayıcı kavramını karşıladığı hususunda bkz. Gümüş, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 13.

⁸³ Çelik, “Ticari Amaç Unsuru”, 780, 781, 784. Bazı yargı kararlarında özellikle avukatlık hizmetinin kamu hizmeti niteliğinde olmasından hareketle avukatın sağlayıcı olamayacağı ve bu bakımdan avukatlık sözleşmesinin tüketici işlemi olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir. (Bkz. Ankara BAM 4. HD., E. 2018/847, K. 2018/104, 18.05.2018; Ankara BAM, 14. HD., E. 2016/267, K. 2016/230, 29.12.2016). Buna karşılık Yargıtay HGK E. 2017/3173 K. 2021/398, 01.04.2021 tarihli kararında “*tüketici işleminin tanımıdayer alan “Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler” ifadesi aynı maddenin (i) ve (i) bendinde tanımlanan “satıcı” ve “sağlayıcı” kavramlarına ilişkin tanımlardan gelir. Gerek satıcı-sağlayıcı sıfatı gerekse tüketici kavramı için belirleyici kıstas “ticari ve mesleki amaç”tır.*” ifadeleri ile tüketici

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un bütünü dikkate alındığında tüketiciyi korumaya yönelik öngörölmüş birçok hükmün bir tarafında satıcı veya sağlayıcı diğer tarafında ise tüketicinin yer aldığı uyumsuzluklara yönelik olduğu görölmektedir. Fakat bu durum, taraflardan birinin TKHK m. 3/1, i anlamında satıcı veya sağlayıcı olmadığı ama ticarî veya meslekî amaçla hareket ettiği ve diğer tarafın tüketici olduğu hukukî ilişkilerin tüketici işlemi olarak sayılmasına engel değildir. Nitekim kanunun lafzından ileri gelen bu çıkarım normun amacına da uygundur. Tüm ölkelerde tüketiciyi koruyan düzenlemelerin getirilmesinin amacı ve tüketici kavramının ortaya çıkış sebebi, zayıf durumdaki tüketiciyi hukukî işlemin diğer tarafında yer alan ve bundan faydalanma imkânı olan, ona göre daha güçlü bir pozisyonda bulunan kişilere karşı korumaktır.⁸⁴ Ticarî veya meslekî amaçla hareket eden kişilere, ticarî veya meslekî amaç olmaksızın mal veya hizmet sunan kişilerin durumunda bu koruma ihtiyacı devam etmektedir.⁸⁵ Alıcı pozisyonunda bulunan ticaret veya meslek erbabı, satıcı veya sağlayıcı olmasa dahi, tüketici karşısında güçlü konuma ve tüketiciyi yanlış yönlendirme imkânına sahip olan kimselerdir. Kanun koyucunun satıcı veya sağlayıcıdan bahsetmediği hükümler, özellikle genel nitelikli hükümler, bu tür hukukî ilişkilere uygulanarak tüketicinin korunmasını sağlayabilir. Örneğin, sözleşme yapılırken tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlölüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarını, haksız şart olarak niteleyen ve kesin olarak hükümsüz kılan TKHK m. 5 hükmüne başvuru imkânı bulunmaktadır. Benzer şekilde tüketici işlemlerinde, tüketicinin edimlerine karşılık olarak alınan şahsî teminatları 'adî kefalet' ve tüketicinin alacaklarına ilişkin karşı tarafça verilen şahsî teminatları 'müteselsil kefalet' sayan TKHK m. 4/6 hükmü başvurulabilecek bir diğer normdur.

Kanaatimizce bir otomobili ticarî veya meslekî bir amaç olmaksızın iki yıl önce bir otomobil bayisinden satın almış bir kimsenin söz konusu işlemi yaparken tüketici olduğu ve yapılan işlemin tüketici işlemi olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır.⁸⁶ Aynı kişi, iki yıl sonra ticarî veya meslekî bir amacı olmaksızın başka bir sebeple elinden çıkarmak istediği otomobilini aynı otomobil bayisine belli bir bedel karşılığında devretmek konusunda anlaştığında da yapılan hukukî işlem tüketici işlemidir.⁸⁷ Yapılan hukukî işlemlerin taraflarında ve tarafların amaçlarında bir farklılık bulunmaktadır. İlk işlemde alıcı konumunda bulunan sonraki işlemde satıcı olarak yer almıştır. Bu değişikliğin ise ne tüketici kavramı ne de tüketici işlemi kavramı bakımından önemi vardır. Her iki hukukî işlemde de taraflardan biri ticarî veya meslekî bir amaçla hareket ederken işlemin diğer tarafı ticarî veya meslekî bir amaçla hareket etmeyen tüketicidir. Aynı durum artık elinden çıkarmak istediği antika vazoyu antikacıya satan kişi için de geçerlidir. Kuyumcuya altın kolyenin satılmasında da kişi ticarî veya meslekî bir gaye ile hareket etmiyorsa tüketici olarak kabul edilmelidir.

SONUÇ

Tüketici kavramına ilişkin hem dünyada hem de ölkemizde yapılan hukukî düzenlemeler, değişiklikler sürekli tüketici kavramının kapsamının genişletilmesi yönünde olmuştur. Kanun koyucu en kapsamlı hâliyle tüketiciyi ticarî veya meslekî olmayan bir amaçla hareket eden kişi olarak tanımlamıştır. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, mülga 4077 sayılı Kanun'da olduğu gibi, tüketici kavramını belirlerken amaç kriterinden hareket etmiştir. Bir hukukî işleme taraf olurken ticarî veya meslekî bir amaçla hareket edenler, tüketici sayılmazlar. Bu bağlamda ticarî veya meslekî bir

ve tüketici işlemi kavramı için esas olanın ticarî ve meslekî amaç olduğunu belirtmiştir (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/>, erişim tarihi 01.02.2025). Aynı yönde bkz. Kurşun, "Avukatlık Sözleşmesi", 292ff.; Ayşegöl Küçükdağlı, "Avukatlık Sözleşmesinin Tüketiciyi Koruyucu Hükümler Ekseninde Değerlendirilmesi," *Hacettepe Hukuk Faköltesi Dergisi* 12, no. 2 (2022): 1584ff.

⁸⁴ Akipek Öcal, *Milli Şerh*, 55; Ozanoğlu, "Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulanma Alanı", 666; Kara, *Tüketici Hukuku*, 82; Karakocalı ve Kurşun, *Tüketici Hukuku*, 21; Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 57ff.

⁸⁵ Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 82.

⁸⁶ Bkz. Kara, *Tüketici Hukuku*, 82.

⁸⁷ Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 82.

amaç olmaksızın mal veya hizmet sunan kişiler, kanun koyucunun esas aldığı amacı taşımaktadır. 6502 sayılı TKHK’da tüketici kavramında “hareket eden” ifadesi tercih edilerek tüketicinin hareket tarzına ilişkin özel bir belirleme yapılmamıştır. Dolayısıyla bir kimsenin tüketici sayılabilmesi için mutlaka mal veya hizmet alan tarafta yer alması şart değildir. O hâlde ticarî veya meslekî bir amaç olmaksızın mal veya hizmet sunan kişilerin, tüketici olarak değerlendirilmelerine bir engel bulunmamaktadır.

Netice olarak tüketici işleminden söz edilebilmek için bir tarafın tüketici olması ve hukukî işlemin karşı tarafının ise ticarî veya meslekî amaçla hareket eden bir kişi olması gerektiğine göre, ticarî veya meslekî amaçla hareket eden kişilere ticarî veya meslekî amaç olmaksızın mal veya hizmet sunan kişilerin yapmış olduğu hukukî işlemler de tüketici işlemi olarak kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

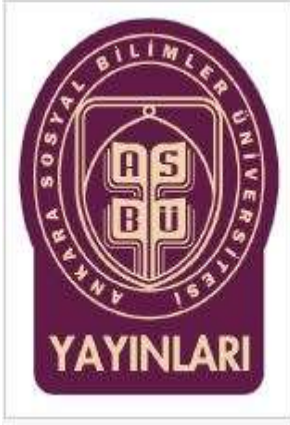
- Akipek Öcal, Şebnem. “Madde 3/Akipek Şerhi.” iç. *Millî Şerh, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*. editör Özlem Tüzüner ve Hakan Tokbaş, Aristo Yayınevi, 2016, 40-59.
- Akipek Öcal, Şebnem ve Tamer Bozkurt. “Yargıtay Kararları Işığında Tüketici İşlemlerinde Ticarî Hükümlerin Uygulanabilirliği Sorunu.” *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, 2 (2023): 669-713.
- Akipek Öcal, Şebnem ve İlhan Kara. *Tüketici Hukuku Ders Kitabı*. Yetkin Yayınları, 2023.
- Akipek Öcal, Şebnem, Abdülkerim Yıldırım, İbrahim Ermenek ve Selda Kutla. *Tüketici Hukukunda Uzman Arabuluculuk*. Deniz Ofset Matbaacılık, 2021.
- Altınar Yolcu, Fatma Zeynep. “Tüketicinin Korunması Kavramının Tarihsel Gelişimi ve Bu Gelişimin Türk Hukukuna Yansımaları.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 24, no. 2 (2018): 1111-1124.
- Altınar, Atilla. “Türk Hukukunda, Avrupa Birliği Hukukunda ve Uygulamada Tüketici Kavramı.” *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 1-2 (2004): 3-14.
- Aslan, İ. Yılmaz. 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku. Ekin Yayınevi, 2015.
- Aydoğdu, Murat ve Nalan Kahveci. *Tüketici Hukuku Dersleri*. Adalet Yayınevi, 2021.
- Bahtiyar, Mehmet ve Levent Biçer. “Adi İş/Ticarî İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22, no. 3 (2016): 395-436.
- Bal, Yakup. “Tacirin Tüketici Sıfatı Sorunu.” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 13, no. 50 (2022): 365-384.
- Berber, Bahaeddin. “Yargı Kararları Işığında Tüketici Kavramı.” *Konya Barosu Dergisi* 1, no. 1 (2023): 41-72.
- Çabri, Sezer. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi. Adalet Yayınevi, 2021.
- Çabri, Sezer. “Yargıtay Kararları Doğrultusunda Tüketici İşlemi Kavramı iç. *Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu (20 Kasım 2018)*, editör İpek Yücer Aktürk, 125-174. Yetkin Yayıncılık, 2019.
- Cenger, Ege. “Tüketici Hukuku Açısından Taşınır Satımında Ayıplı Mal Kavramı.” *İzmir Barosu Dergisi* 87, no. 3 (2022): 99-166.
- Çelik, Aytekin. “Tüketici İşlemlerindeki Ticarî Amaç Unsurunun Ticarî İş Açısından Değerlendirilmesi.” *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 2 (2023): 777-805.
- Çıtır, Eren. “Ticarî İş - Tüketici İşlemi İlişkisi.” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20, no. 3 (2016): 37-52.
- Deryal, Yahya ve Yakup Korkmaz. *Yeni Tüketici Hukuku*. Adalet Yayınevi, 2015.
- Doğan, Vahit. “Tüketici Akitlerine Uygulanacak Hukukun Tespiti.” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 1-2 (Prof. Dr. M. Şakir Berki’ye Armağan) (1996): 153-179.
- Doğar, Mehmet. “Karma Kullanım Amaçlı Bir Konut Satışı Açısından TKHK Hükümlerinin Uygulanması Sorunu.” *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, no. 1 (2021): 305-326.
- Erkuş, Ali Selman. “Tüketici Kavramının Genişletilmesi.” iç. *Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu (20 Kasım 2018)*, editör İpek Yücer Aktürk, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2019, 23-30.
- Gümüş, Mustafa Alper. 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi Cilt: 1. Vedat Kitapçılık, 2014.
- Günel, Aydın Ebrar. Tüketici İşlemi ve Tüketici İşleminde Doğan Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yoluyla Çözümlemesi. Adalet Yayınevi, 2024.
- Havutcu, Ayşe. “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Konu Bakımından Uygulama Alanı: Özellikle Tüketici İşlemleri Bakımından Kanun’un Kapsamı.” *Terazi Hukuk Dergisi* 9, no. 99 (2014): 8-19.
- İnal, H. Tamer. *Tüketici Hukuku*. Seçkin Yayıncılık, 2015.

- İlgün, Ömer Faruk. *Tüketici İşlemleri Hukuku*. Legal Yayınları, 2021.
- Kara, İlhan. *Tüketici Hukuku*. Yetkin Yayıncılık, 2021.
- Karakocalı, Ahmet ve Ali Suphi Kurşun. *Tüketici Hukuku*. Aristo Yayınevi, 2015.
- Kılınç, Ayşe Nur. “Takviye Edici Gıdalara İlişkin Aldatıcı Reklamlar Karşısında Tüketicinin Korunması.” *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 28, no. 2 (2024): 677-720.
- Kılınç, Ayşe Nur. “Avukatlık Ücretine İlişkin Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk.” iç. *Necmettin Erbakan Hukuk Araştırmaları Özel Hukuk*. editör Zekeriya Mızrak ve Nuran Koyuncu, Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi Yayınları, 2021: 329-351.
- Kırca, Çiğdem. “Tüketicinin Korunmasına İlişkin Modeller, TKHK’un Amacı ve Avrupa Birliği Tüketici Yönergelerinin Kapsamı (6502 Sayılı TKHK’un Yorumu ve TKHK’da Düzenleme Bulunmayan Konularda Tüketici İşlemlerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme.” *Yargıtay Dergisi* 43, no. 2 (2017):285-342.
- Kurşun, Ali Suphi. “Avukatlık Sözleşmesinin Tüketici İşlemi Bakımından Değerlendirilmesi.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 142 (2019): 289-304.
- Küçükdağlı, Ayşegül. “Avukatlık Sözleşmesinin Tüketicii Koruyucu Hükümler Ekseninde Değerlendirilmesi.” *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no. 2 (2022): 1582-1619.
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin. “Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketicii Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulanma Alanı (Tüketici Kavramına Mukayeseli Bir Bakış).” *Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan*, editör Nami Barlas, Abuzer Kendigelen, Suat Sarı, Beta Yayınları, 2000: 663-692.
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin. “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı).” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 50, no. 1 (2001): 55-90.
- Özay, Osman Levent. “6502 Sayılı Yasa Kapsamında Tüketici İşlemi.” *Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi* 4, no. 12 (2017): 257-272.
- Özel, Çağlar. “Hukuksal Açidan Tüketicinin Korunması ve Tüketicinin Korunma Gerekliliğine İlişkin Bir Değerlendirme.” *Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 26, no. 1 (2008): 287-299.
- Özel, Çağlar. *Tüketicinin Korunması Hukuku*. Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Seda Özmumcu. “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, no. Özel Sayı (2015): 831-871.
- Serozan Rona. “Tüketicii Koruma Yasasının Sözleşme Hukuku Alanındaki Düzenlemesinin Eleştirisi.” *Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi* 15, no. 173/4 (1996):579-598.
- Sirmen, A. Lale. “Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri.” *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi* 8, no. Özel Sayı (2013): 2465-2476.
- Tekten, Emel. “Tüzel Kişi Tacirlerin Tüketici Sıfatı Sorunu ve Bu Kapsamda Taraf Oldukları Hukukî Uyuşmazlıkların Ticari/Tüketici Dava Şartı Arabuluculuğa Etkileri.” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 31, no. 1 (2023): 1-34.
- Tüzüner, Özlem. “Madde 1/Tüzüner Şerhi.” *Milli Şerh, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*. editör Özlem Tüzüner ve Hakan Tokbaş, Aristo Yayınevi, 2016, 1-27.
- Uyumaz, Alper ve Mehmet Cemil Türk. “Tacirin Tüketici Sıfatı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 72, no. 3 (2023): 1591-1633.
- Ünal, Ahmet Cemil. “Ticari İş-Tüketici İşlemi Ayrımı Kapsamında Tüzel Kişi Tacirlerin Durumu.” *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 1 (2020): 37-52.
- Yıldırım, Abdülkerim ve Bilge Aytuğ. “Tüketici İşlemlerinde Kıymetli Evrak Düzenlenmesi.” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24, no. 2 (2020): 31-62.

Yücer Aktürk, İpek. “Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı.” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20, no. 2 (2016): 103-128.

Zengin, Hüseyin Kağan. “Zirai Amaçla Gerçekleştirilen Hukuki İşlemlerin Tüketici İşlemleri Bakımından Değerlendirilmesi.” *Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no. 2 (2024): 33-55.

Zevkliler, Aydın ve Çağlar Özel. *Tüketicinin Korunması Hukuku*. Seçkin Yayıncılık, 2016.



e-ISSN: 2667-6117

Yıl / Year: 2025

Cilt / Volume: 7

Sayı / No: 1

Eserin Türü /
Manuscript Type:

Araştırma
Makalesi /
Research Article

DOI:

10.47136/asbuhfd.
1635160



TÜRK CEZA HUKUKUNUN BAĞLAYICI KAYNAKLARINDAN BİRİ OLARAK YARGITAY İÇTİHAĞI BİRLEŞTİRME KARARLARI

*The Unification Decisions Of The Court Of
Appeals As One Of The Binding Sources Of
Turkish Criminal Law*

Hakan KAŞKA*

Öz

2797 numaralı Yargıtay Kanunu'nun 45. maddesi, içtihatların birleştirilmesi istemek yetkisi ve bağlayıcılığı başlığını taşımaktadır. Bu maddenin beşinci fıkrasında içtihatları birleştirme kararlarının benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlayacağı hükmü bulunmaktadır. Böylelikle Türk hukukunda mahkeme kararlarının hukukun yardımcı kaynağı olmasına bir istisna getirilmiştir. Başka bir ifadeyle, mahkeme kararları, hukukun yardımcı kaynağı olduğu hâlde, Yargıtay'ın ilgili kurulları tarafından alınan içtihadı birleştirme kararları hukukun bağlayıcı kaynaklarından. Yargıtay'ın ilgili kurulları tarafından bu nitelikte kararlar alınması yetkisi 1982 Anayasası'nda düzenlenmemiştir. Yargıtay'ın ilgili kurullarına bu yetki kanunla verilmiştir. Hâliyle bunun yasama yetkisinin devredilmezliğine, fonksiyonlar ayrılığı ilkesine ve yargılama bağımsızlığına aykırı olup olmadığı bir sorun teşkil etmektedir. İctihadı birleştirme kararlarıyla ilgili başka sorunlar da bulunmaktadır. Söz gelimi bu kararların zaman bakımından nasıl uygulanacağı, keza nasıl denetleneceği ve normlar hiyerarşisinde kanuna göre konumu çözülmesi gereken sorunlardır. Çalışmada Türk ceza hukukunun bağlayıcı kaynaklarından biri olan içtihadı birleştirme kararları, bu yönleri itibarıyla incelenmiştir.

Abstract

Article 45 of the Court of Appeal Law No. 2797 is entitled "The authority to request and bind the unification of precedents". The fifth paragraph of this article provides that decisions on the unification of conflicting judgments will bind the General Assembly of the Court of Appeal, its chambers and the courts of justice on similar legal issues. Thus, an exception has been made to the fact that court decisions are an auxiliary source of law in Turkish law. In other words, while court decisions are seconder source of law, decisions on the unification of conflicting judgments taken by the relevant boards of the Court of Appeal are binding sources of law. The authority to make decisions of this nature by the relevant boards of the Court of Appeal is not regulated in the 1982 Constitution. This authority has been granted to the relevant boards of the Court of Appeal by law. Therefore, it is a question whether this is contrary to the non-delegability of legislative authority, the principle of separation of functions and the independence of the judiciary. There are other problems regarding decisions on the unification of conflicting judgments. For example, how these decisions will be implemented in terms of time, how they will be monitored and their position in the hierarchy of norms according to the law are problems that need to be solved. In this study, decisions on the unification of conflicting judgments, which is one of the binding sources of Turkish criminal law, have been examined in terms of these aspects.

Makale Gönderim Tarihi / Received: 07.02.2025

Makale Kabul Tarihi / Accepted: 24.04.2025

Hakem Değerlendirmesi / Peer Review: Çift kör
hakem. Double peer-reviewed.

Anahtar Kelimeler / Keywords: Hukukun Bağlayıcı Kaynakları, İctihadı Birleştirme Kararları, Fonksiyonlar Ayrılığı, Yargılama Bağımsızlığı, Somut Hukuki Uyuşmazlık. / Binding Sources of Law, Decisions on The Unification of Conflicting Judgments, Separation of Functions, Judicial Independence, Concrete Legal Dispute

Atıf / Citation:

Kaşıka, Hakan. "Türk Ceza Hukukunun Bağlayıcı Kaynaklarından Biri Olarak Yargıtay İctihadı Birleştirme Kararları." *ASBU Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 1 (2025) 41-58.

Yazar Bilgileri / Authors Information:

* Dr. Öğr. Üyesi, Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, kaska.hakan09@gmail.com, ORCID: 0000-0002-5763-0324.

Teşekkür / Acknowledgments: Bulunmamaktadır.

Finansal Destek / Financial Support: Finansal destek alınmamıştır.

Çıkar Çatışması / Conflict of Interest: Çıkar çatışması bulunmamaktadır.

Etik Kurul Onayı / Ethics Committee Approval: Çalışma için etik kurul onayı gerekmektedir.

Yapay Zeka Araçlarının Kullanımı / Use of Artificial Intelligence: Yapay zeka araçlarından yararlanılmamıştır.

Extended Summary

In the classification made for the sources of law in Turkish law doctrine, the formal sources of law are included. The formal sources of law are distinguished as direct and indirect sources based on whether these sources are binding or not. In this study, the distinction is made as binding source and auxiliary source in order to emphasize the binding or non-binding aspect of the source. In Turkish law, court decisions are, as a rule, auxiliary sources of law. However, as an exception, there are provisions in the legislation stating that some court decisions are binding sources of law. For example, according to Article 153/6 of the 1982 Constitution, the decisions of the Constitutional Court are binding on the legislative, executive and judicial bodies, administrative authorities and real persons. Again, according to Article 28/2 of the Law on the Establishment and Functioning of the Court of Jurisdictional Disputes, the decisions of the Court of Jurisdictional Disputes are binding on the relevant judicial authorities and all authorities, institutions and individuals. One of the court decisions that are binding in Turkish law is the decisions of the Court of Cassation, the Council of State and the Court of Accounts to unify the jurisprudence. The subject of the study is the decisions of the Court of Cassation to unify jurisprudence as one of the binding court decisions in question. These decisions have been examined in terms of being one of the binding sources of Turkish criminal law. According to Article 45/6 of the Court of Cassation Law No. 2797, the decisions of the Court of Cassation to unify jurisprudence bind the general assemblies, chambers and courts of justice in similar legal matters. The authority of the general assembly of the Court of Cassation's civil law, general assembly of the criminal law and grand general assembly to make decisions to unify jurisprudence that are binding in this way is regulated in the aforementioned law, not in the constitution. Although there is a precedent in these decisions, the precedent materially emerges through legislative activity. The fact that such an authority is regulated in the law, not in the constitution, constitutes a violation of Article 6/3 of the 1982 Constitution. Because according to this provision, it is not possible for any person or body to exercise a state authority that does not derive its source from the constitution. This violation also brings about other problems in terms of decisions to unify jurisprudence. For example, the place of these decisions in the hierarchy of norms is not clear. Similarly, there are no clear provisions in the law regarding the review of these decisions and how they will be implemented in terms of time. The issue of how these decisions will be reviewed in terms of constitutionality is not regulated in the relevant law. Moreover, these decisions also constitute a violation of the general principle of law that one precedent is not stronger than another. As a view in favor of decisions to unify precedent, it has been stated that these decisions will ensure unity in the application of law and thus ensure the realization of the principle of legal certainty. However, there is a problem of unconstitutionality regarding decisions to unify precedent. While on the one hand, the aim of ensuring unity in the application of law is focused, on the other hand, the dynamic structure of law becomes stagnant. In addition, these decisions also violate the independence of the judicial body against the trial.

GİRİŞ

Türk hukukunda, hukukun şekli kaynaklarından biri mahkeme kararlarıdır.¹ Mahkeme kararları kapsamında ise ilk derece mahkemelerinin kararları, adli ve idari yargılamadaki istinaf (adli yargılama için bölge adliye mahkemesi, idari yargılama için bölge idare mahkemesi) mahkemelerinin kararları ve yüksek mahkemelerin kararları (Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Uyuşmazlık Mahkemesi, bir yüksek mahkeme olmamakla birlikte Sayıştay) yer almaktadır.

Türk hukukunda, hukukun şekli kaynakları için bu kaynakların bağlayıcı veya yardımcı olması dikkate alınarak bir tasnif yapılmaktadır. Buna göre, somut bir hukuki uyumsuzluğun çözülmesinde hukuk uygulayıcılarını bağlayıcı olan kaynaklar bağlayıcı kaynak, uygulayıcıya yol gösterici olan ama bağlayıcı olmayan kaynaklar ise yardımcı kaynak olarak tasnif edilmektedir.² Bu tasnifte birer şekli

¹ Mustafa Avcı, Mehmet Aykanat ve İbrahim Ülker, *Hukuk Başlangıcı ve Metodolojisi* (Adalet Yayınevi, 2023), 87; Kemal Gözler, *Hukuka Giriş* (Ekin Yayınevi, 2023), 198; Yaşar Salihpaşaoğlu, *Hukuka Giriş* (Adalet Yayınevi, 2023), 54.

² Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Seçkin Yayınevi, 2023), 45, 46.

kaynak olan mahkeme kararları kaide olarak yardımcı niteliktedir.³ Türk hukukunda bu kaidenin bir istisnası olarak bazı mahkeme kararlarının bağlayıcı olduğuna ilişkin hükümler bulunmaktadır.⁴ Örneğin 1982 Anayasası m. 153/6'ya göre Anayasa Mahkemesi kararları,⁵ 2247 numaralı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun m. 28/2'ye göre Uyuşmazlık Mahkemesi kararları⁶ bağlayıcıdır. Yine 6085 numaralı Sayıştay Kanunu m. 60'a göre Danıştay ile Sayıştay kararları arasındaki uyuşmazlık hâlinde Danıştay kararları Sayıştay'ı bağlayıcıdır.⁷ Birer yüksek mahkeme olan Yargıtay ve Danıştay ile 1982 Anayasası'nda Yargı bölümünde düzenlenmiş olan Sayıştay'ın verdiği içtihadı birleştirme kararları da bu cümledendir. Bu kararların verilme yetkisinin düzenlendiği ilgili kanunlarda, bu kararların bağlayıcı nitelikte olduğu belirtilmiştir.⁸

Kara Avrupası hukuk sistemine dâhil olan Türk hukukunda, bu hukuk sistemindeki diğer ülke hukuklarından farklı olarak içtihadı birleştirme kararlarına bağlayıcılık niteliğinin verilmiş olması, istisna bir durum teşkil etmesi⁹ dolayısıyla incelenmeyi gerektirmektedir. Bu çalışmanın iki esin kaynağından biri de tam olarak zikredilen bu istisna durumudur. Öğretide Özgenç, Anayasa Mahkemesi'nin içtihadı birleştirme kararlarıyla ilgili bir kararını değerlendirirken konuya ilişkin olarak Türk hukukunda Yargıtay içtihadı birleştirme kararı uygulamasına bir an evvel son verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Çalışmanın bir esin kaynağı bu ifade olmuştur.¹⁰ Diğer esin kaynağı ise Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye üzerine yaptığımız okumalar esnasında Mecelle'nin külli kaidelerinde içtihat ile ilgili yer alan hükümler ve Ali Haydar Efendi'nin Mecelle şerhindeki bu hükümlerle ilgili şerhleri olmuştur.¹¹

Çalışmada Yargıtay içtihadı birleştirme kararları, Türk ceza hukukunun bağlayıcı kaynaklarından biri olarak incelenecektir. Çalışmada ilk olarak içtihat kavramı ve Türk hukukunda içtihat kavramının

³ Anglo Sakson hukuk sisteminden farklı olarak Kıta Avrupası hukuk sisteminde mahkeme kararlarının yardımcı kaynak olduğu yönünde bkz. Avcı, Aykanat ve Ülker, *Hukuk Başlangıcı*, 172; Fırat Gedik ve Emel Koç, "Hüküm Kurma ve İctihat" *Ankara Barosu Dergisi* 67, no. 2 (2009): 157.

⁴ Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Adalet Yayınevi, 2022), 57; Fatih Birtok, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Temel Bilgiler* (Adalet Yayınevi, 2018), 38.

⁵ 1982 Anayasası m. 153/6'ya göre Anayasa Mahkemesi kararları yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve gerçek kişileri bağlayıcıdır.

⁶ 2247 numaralı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun m. 28/2'ye göre Uyuşmazlık Mahkemesi kararları ilgili yargı(lama) mercileri ile bütün makam, kuruluş ve kişileri bağlayıcıdır.

⁷ 6085 numaralı Kanun m. 60 - "(1) Vergi, benzeri mali yükümlülükler ve ödevler hakkında Danıştay ile Sayıştayın kesinleşmiş kararları arasındaki uyuşmazlıklarda, 52 nci maddede belirtilen ilgililerin 56 ncı maddedeki esas ve usuller dairesinde başvuruları üzerine Sayıştay kararı yargılamanın iadesi yoluyla görüşülerek uyuşmazlık Danıştay kararı doğrultusunda giderilir. (2) Uyuşmazlığın bulunmadığı hakkındaki Sayıştay kararına karşı 52 nci maddede belirtilen ilgililerce Danıştaya başvurulduğu takdirde, bu hususa ilişkin Danıştay kararına uyulur. ..."

⁸ Bağlayıcılığın kapsamı, içtihadı birleştirme kararının Yargıtay, Danıştay ve Sayıştay tarafından verilmesine göre değişmektedir. Söz gelimi 2797 numaralı Yargıtay Kanunu m. 45/5'e göre Yargıtay içtihadı birleştirme kararları, benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar. 2575 numaralı Danıştay Kanunu m. 40/4'e göre Danıştay içtihadı birleştirme kararları, Danıştay daire ve kurulları ile idari mahkemeleri ve idareyi bağlar. Anlaşılabileceği üzere, birer yüksek mahkeme olan Yargıtay ve Danıştay'ın verdiği içtihadı birleştirme kararları, bunların kendi yargılama kolunda bağlayıcılık arz etmektedir. 6085 numaralı Sayıştay Kanunu m. 58/3'e göre Sayıştay içtihadı birleştirme kararları da Sayıştay daire ve kurulları ile kamu idarelerini ve sorumlularını bağlar. Bir yüksek mahkeme olmamakla birlikte, Sayıştay'ın verdiği içtihadı birleştirme kararları da kendi yargılama kolunda bağlayıcılık arz etmektedir.

⁹ Atilla İnan, "Sayıştay'da İctihatları Birleştirme," *Amme İdaresi Dergisi* 29, no. 4 (1996): 74.

¹⁰ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Seçkin Yayınevi, 2023), 79: dn. 217.

¹¹ Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin bahse konu hükümleri şunlardan ibarettir: - Mecelle m. 14: "*Mevrid-i nassda icthâda mesâğ yoktur.*"; m. 16 "*İctihâd ile icthâd nakz olmaz.*" Hükümler için bkz. Ahmed Akgündüz, *Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, Mecelle Ta'dilleri ve Gereçleriyle Birlikte* (Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2013), 56, 57. Mezkûr hükümlere yönelik Ali Haydar Efendi'nin şerhleri için bkz. Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, *Dürer'ül Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm 1. cilt*, çev. Raşit Gündoğdu ve Osman Erdem (Gün Neşriyat), 43, 44, 45, 46.

kullanımı incelenecektir. Daha sonra ise içtihadı birleştirme kararlarının hukuki niteliği ele alınacaktır. Son olarak, Türk ceza hukuku özelinde Yargıtay içtihadı birleştirme kararları ile ilgili sorunlu hususlar tartışılacaktır.

I. KAVRAM VE TÜRK HUKUKUNDAKİ KULLANIM

A. İctihat Kavramı

İctihat sözcüğünün Kâmûs-ı Türkî'deki anlamı açıklanırken, sözcüğün cehd kökünden geldiği belirtilmiştir. Sözcüğün ilk anlamı için “1. çalışıp çabalama, bezl-i makderet, sa'y ü gayret” ifadesi kullanılmıştır. Sözcüğün “2. eimme-i dînin ayet ve hadis ve kıyâsa tevfikân mesâil-i şer'iyeyi tayine olan cehd ü sa'yleri” şeklinde verilen ikinci anlamı ise içtihadın hukuk literatüründeki anlamıdır.¹² Ali Haydar Efendi de Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin 14 üncü maddesini şerh ederken, içtihat kavramını, sözcüğün Kâmûs-ı Türkî'de verilen bu ikinci ve hukuk literatüründeki anlamıyla benzer şekilde açıklamıştır. Buna göre içtihat, bir fıkıh ıstılahı olarak şeri hükümleri İslam hukukunun asli kaynaklarından çıkarabilmek için takatin ve gücün tamamının bundan daha fazlasının düşünülmemeyeceği derecede kullanılmasıdır.¹³

İctihat kavramına ilişkin yapılan başka bir tanımlama da Ali Haydar Efendi'nin şerhi ile aynı yöndedir. Buna göre içtihat, hukukçunun tafsili delillerinden ameli hükümleri istinbat etmek için bütün imkânını harcaması, son derece çaba sarf etmesidir.¹⁴ Ali Haydar Efendi'nin şerhinde, bu tanımda ve içtihadla ilişkin olarak öğretide yapılan tanımlamalarda, bütün imkânın harcanması, son derece çaba sarf edilmesi, gücün tamamının kullanılması gibi tabirlere yer verilmiş olması önemlidir. Yukarıda mezkûr tanımda kullanılan istinbat sözcüğünün üzerinde de bu vesile ile durulması gerekmektedir. Arapça kökenli bir sözcük olan istinbatın kökü nebt şeklindedir. Nebt sözcüğünün sözlük anlamlarından biri ise yerden veya kuyudan su çıkarmaktır. Anlaşılabileceği üzere sözcüğün kökeninde tabiatı gereği zor, son derece meşakkatli bir eylem anlamı vardır. Nitekim öğretide içtihat faaliyeti gerçekleştirilirken bir hukukçunun gücünün tamamını harcamasına atfen yapılan faaliyetin istinbat kavramıyla adlandırıldığı ifade edilmiştir.¹⁵

İctihat kavramının anlamı, İslam hukuku literatüründe tartışılan içtihat kapısının kapalı olup olmadığı sorunuyla da ilgilidir. Ali Haydar Efendi'nin Mecelle şerhinde içtihat kapısının kapatılmadığı fakat kapandığı ifadesi bu sorun açısından önem arz etmektedir.¹⁶ Esas itibarıyla sorun, içtihat kavramının yalnızca hükümleri asli kaynaklardan çıkarıp bunları açıklama şeklinde yani dar anlamda mütalaa edilmesinden kaynaklanmaktadır. Oysaki hükümleri tatbik etme şeklinde de içtihat edilebilir. Başka bir ifadeyle, hükümleri asli kaynaklardan (delillerden) çıkarıp açıklama içtihat olduğu gibi hükmü anlamlandırma, somut olaya uygulama faaliyeti de içtihatdır. Nitekim hüküm çıkarma faaliyeti anlamındaki içtihadın bazı çağlarda kesileceğini ifade edenler olmasına rağmen, Hanbelilere göre her asırda bu içtihat faaliyetini de gerçekleştirebilecek bir müctehit mutlaka bulunur. Hükümleri tatbik etme anlamında içtihadın ise her çağda mevcut olacağı hususunda görüş birliği bulunmaktadır. Öz itibarıyla,

¹² Şemseddin Sami, *Kâmûs-ı Türkî, Latin Harfleriyle*, haz. Raşit Gündoğdu, Niyazi Adıgüzel ve Ebul Faruk Önal (İdeal Kültür Yayıncılık, 2011), 65.

¹³ Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm 1. cilt*, 43.

¹⁴ Muhammed Ebû Zehra, *İslam Hukuku Metodolojisi: Fıkıh Usûlü* (FCR Yayınları, 2014), 329; Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku* (Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 1953), 30.

¹⁵ Ömer Nasuhi Bilmen, *Fıkıh Terimleri Ansiklopedisi: -İstılahat-ı Fıkhiyye Kamusu-*, sadeleştirenler: Hayrettin Yücesoy, Mehmet Kılıç, Ramazan Tığ ve Davut Tarı (Gündüz Gazetesi, 1996), 269, kn. 550; Hayreddin Karaman, *İslâm Hukukunda İctihad* (Ensar Neşriyat, 2015), 17 (Bununla birlikte, öğretide Karaman'a göre istinbat bir hüküm çıkarma metodudur ve bu yönü itibarıyla içtihadla göre daha dar anlamlıdır. Bkz. Karaman, *İctihad*, 17.); Türk Hukuk Kurumu, *Türk Hukuk Lûgatı* (Başbakanlık Basımevi, 1991), 172.

¹⁶ “Bâb-ı ictihâd, seddedilmemiş ve fakat münsedd olmuştur. Bir müctehide lâzım olan ulûmu zâtında cem' eden kimesne asırlardan beri zuhûr edemediği cihetle bizzarûre bâb-ı ictihâd insidâd eylemiştir.” Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm 4. cilt*, çev. Raşit Gündoğdu ve Osman Erdem, (Gün Neşriyat), 429.

müçtehit vasfını haiz olması kaydıyla, herkesin her iki anlamıyla da içtihat faaliyetinde bulunması, bu faaliyeti devam ettirmesi mümkündür.¹⁷

B. Türk Hukukunda İctihat Kavramının Kullanımı

Türk hukukunda bir şekli kaynak olan mahkeme kararlarının mevzuatta ve öğretide adlandırılışı hususunda bir birlik bulunmamaktadır. Mevzuatta söz gelimi 1982 Anayasası m. 153'ün madde başlığında ve madde içeriğinde Anayasa Mahkemesi *kararları* ibaresi kullanılmıştır. Buna karşılık, örneğin 2575 numaralı Danıştay Kanunu'nda ve 6085 numaralı Sayıştay Kanunu'nda hem karar hem içtihat ibaresi kullanılmıştır. Hatta ilginç bir şekilde mevzuat metninin tamamında karar ibaresi kullanılırken, içtihatların birleştirilmesi ile ilgili hükümde kararlar için içtihat denilmiştir.¹⁸ Öğretide ise örneğin *Karakehya* hukukun şekli kaynakları için yapılan bağlayıcı ve yardımcı kaynak ayrımındaki yardımcı kaynakları mahkeme içtihatları ve bilimsel içtihatlar şeklinde ifade etmektedir.¹⁹ Bu doğrultuda içtihadın, kazai ve ilmi içtihatlar şeklinde iki türü olduğu da ifade edilmiştir.²⁰ Bu ifade tarzları ile benzer şekilde öğretide *Avcı/Aykanat/Ülker*, yardımcı kaynakları bilimsel içtihatlar ve

¹⁷ Muhammed Ebû Zehra, *Fıkıh Usûlü*, 329. İctihat için yapılan ilmi ve kazai içtihat ayrımı ile bu durum örtüşmektedir. İctihadın, hükümleri asli kaynaklardan hareketle çıkarıp açıklama şeklindeki anlamı, İslam hukukunun gelişim seyriyle de uyumludur. Çünkü başlangıç devirlerinde yalnızca somut hukuki uyumsuzluklarla ilgilendiği hâlde, ilerleyen dönemlerde örneğin Dört Halife ve Sahabeler Döneminde toplu içtihat faaliyetleri yapılmış, Mezheplerin Teşekkül Döneminde (Müçtehit İmamlar Devri) ise özellikle Hanefi mezhebinin oluşumunda farazi hukuki sorunların nasıl çözüleceği ile de ilgilenilmiştir, bir ifadeyle bunlara ilişkin içtihatla bulunulmuştur (*ilmi içtihat*). Halil Cin ve Gül Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi* (Sayram Yayınları, 2020), 62, 64, 69; M. Âkif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (Beta Yayıncılık, 2022), 46, 47, 54. Hatta Hanefi mezhebinin oluşumunda Ebu Hanife'nin bu faaliyeti de gerçekleştiren bir fıkıh akademisi kurduğu ifade edilmektedir. Bkz. A. Refik Gür, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle: Hukuk Sosyolojisi ve Felsefesi Üzerine Bir Kalem Denemesi* (Sebil Yayınevi, 1993), 53; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 54. İctihadın bu türünün günümüz açısından değerlendirildiğinde yalnızca ilmi içtihat olabileceğinin kabul edilmesi isabetli olmayacaktır. Çünkü günümüz hukukunda hâkimler de bu tür içtihatla bulunabilir. Örneğin Anayasa Mahkemesi'nin suça kanunilik ilkesinin kapsamında lehe kanunun uygulanması ilkesinin var olduğunu kabul etmesi, bu ilkeyi başka bir ilkeye ilişkin hükmün kapsamından istihraç etmesi bir içtihatır ancak bu bir ilmi değil kazai içtihatır. Somut bir hukuki uyumsuzluk çözlürken de gerçekleştirilen faaliyet içtihatır. Bu da kazai içtihatır.

¹⁸ 2575 numaralı Danıştay Kanunu m. 39 (İctihatları birleştirme kurulunun görevleri) - "İctihatları Birleştirme Kurulu, dava dairelerinin veya idari ve vergi dava daireleri kurullarının kendi kararları veya ayrı ayrı verdikleri kararlar arasında aykırılık veya uyumsuzluk görüldüğü ... takdirde, ... içtihadın birleştirilmesi ... hakkında karar verir."; 6085 numaralı Sayıştay Kanunu m. 50/2 - "(2) Verilen hüküm ve kararlar gerekçeli olarak tutanağa bağlanır ve daire başkanı ve üyeler tarafından imzalanır." 6085 numaralı Kanun m. 58 (İctihatların birleştirilmesi) - "(1) ... aynı konu hakkında dairelerce veya Temyiz Kurulunca verilen ilamlar birbirine aykırı ise Sayıştay Başkanı bu ilamları içtihatların birleştirilmesi için Genel Kurula gönderir. ... (3) İctihatların birleştirilmesi ... kararları Resmî Gazetede yayımlanır. ..."

Mevzuatta içtihadı birleştirme kararları ibaresinin kullanımı bakımından da yeknesaklık bulunmamaktadır. Şöyle ki örneğin Yargıtay Kanunu m. 15/2'de birleştirme işlemi ifade edilirken *ictihatların* şeklinde sözcüğün çoğul hâli, buna karşılık örneğin Yargıtay Kanunu m. 41'de ve m. 45'te birleştirme sonucunda ortaya çıkan karar ifade edilirken *ictihadı* şeklinde sözcüğün tekil hâli tercih edilmiştir. Karar ifade edilirken sözcüğün *ictihadı* şeklindeki tekil hâli, tıpkı öğretide *Kunter*'in cezalar hukuku yerine nasıl ceza hukuku deniliyorsa ceza muhakemeleri yerine de ceza muhakemesi tabirini önermesi gibi esasen sözcüğün çoğul hâline işaret edecek şekilde kullanılmıştır. Kunter'in ifadeleri için bkz. Nurullah Kunter, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak: Ceza Muhakemesi Hukuku* (Beta Yayıncılık, 1989), 10, kn. 3. Bununla birlikte dilin kullanılması hususundaki bir usul olarak birleştirme işlemi için de birleştirme sonucunda ortaya çıkan karar için de sözcüğün çoğul hâlinin veya bazen tekil hâlinin kullanıldığı vakidir (örneğin Danıştay Kanunu m. 39, 40). Öğretide *Taş* ise içtihatların birleştirilmesinde birden fazla içtihadın bire indirgenmesi söz konusu olduğu için doğru tabirin *ictihatları* birleştirme kararı olduğunu ifade etmektedir. Burak Taş, "Ceza Hukuku Bağlamında Yargıtay İctihatları Birleştirme Kararları ve İlgili Sorunlar" *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 174 (2024): 5.

¹⁹ Hakan Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Nisan Kitabevi, 2022), 46.

²⁰ Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü* (Ensar Neşriyat, 2016), 227.

yargısal içtihatlar şeklinde ayırmış; mahkeme kararlarının da içtihadın bir türü olduğuna işaret ederek, bilimsel içtihat kavramından ayırmak için yargısal içtihat tabirinin tercih edildiğini ifade etmiştir.²¹ Bazı yazarlar ise yardımcı kaynakları, mahkeme kararları (veya içtihatları) ve doktrin veya öğreti şeklinde adlandırmaktadır.²² Hâliyle kavram birliğinin bulunmaması, her mahkeme kararının içtihat olup olmadığı yönündeki bir değerlendirmeye istinaden bir tercihin mi sonucu olduğu yoksa dil bakımından bir tercihin mi sonucu olduğu veya bu kavramlar arasında bir fark olup olmadığı değerlendirilmeden veya bu kavramların zaten aynı anlamda olduğu düşünülerek mi farklı adlandırmaların kullanıldığı yönündeki bir sorunu teşkil etmektedir. Bu sorun, örneğin Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcı olduğu dikkate alındığında kararın hangi kısmının, keza Yargıtay içtihadı birleştirme kararları için bu kararların hangi kısmının bağlayıcı olduğunun belirlenmesinde de değer arz etmektedir.

Kanaatimizce içtihat, mahkeme kararının kendisi değil ancak bir kısmıdır. İçtihadın bir kaynak olduğu ileri sürülebilecek olsa da bu kaynak da mahkeme kararı şeklindedir; diğer deyişle hukuk düzeninde mahkeme kararı şeklinde varlık göstermektedir. Bir mahkeme kararında, hâkimin, içtihat kavramına ilişkin yapılan açıklamalar dikkate alındığında, hüküm çıkarma faaliyeti ile ulaştığı sonuçlar bir içtihattır. Bunun yanı sıra hâkimin, büyük önermeye göre küçük önermeyi değerlendirdiği ve tasımlama neticesinde ulaştığı vargı da bir içtihattır. Hâkim yalnızca hüküm çıkarma faaliyetinde bir gayret, çaba göstermemekte bilakis her ikisinde de tüm donanımını kullanarak akıl yürütmekte, bir sonuca ulaşmak için gayret göstermekte, çabalamakta, çalışmaktadır.²³ Örneğin bir idare mahkemesi hâkiminin idarenin sorumluluğuna ilişkin olarak hizmet kusuru ve risk ilkesi gibi ilkelerin esaslarını belirlemesi içtihattır.²⁴ Bunun yanı sıra bir asliye ceza mahkemesi hâkiminin kasten öldürme suçuna ilişkin düzenlemeye göre bir somut cezai uyumsuzluğu değerlendirmesi ve tasımlama ile bir kişinin, başka bir kişiyi kasten öldürdüğü vargısıyla öldürenin müebbet hapis cezasıyla cezalandırmasına yönelik kurduğu hüküm de bir içtihattır.

Öz itibarıyla, içtihat, kararın gerekçe kısmında da yer alabilir. Bununla birlikte, kararın hüküm fıkrası olarak tavsif edilen kısmı her hâlükârda bir içtihattır. Başka bir ifadeyle, hüküm fıkrasında içtihatla bulunmaktadır. Bu noktada bir kaynak olarak kararın hangi kısmının bağlayıcı olduğu aşağıda ayrı bir başlık altında ele alınacaktır.

²¹ Avcı, Aykanat ve Ülker, *Hukuk Başlangıcı*, 171, 172.

²² Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku: Genel Kısım: Cilt I* (Beta Yayıncılık, 1987), 144, 147; M. Emin Artuk, Ahmet Gökcen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Adalet Yayınevi, 2022), 191, 192; Özgenç, *Genel Hükümler*, 77, 79; Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (Seçkin Yayınevi, 2023), 70, kn. 76; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Seçkin Yayınevi, 2023), 123, 124; Gözler, *Hukuka Giriş*, 195; Salihpaşaoğlu, *Hukuka Giriş*, 54, 57.

²³ Öğretide Çıtak ise her mahkeme kararının bir içtihat olmadığını ifade etmekle birlikte, içtihadın yalnızca soyut kural ile somut hukuki uyumsuzluğun uyumsuz olduğu veya soyut kuralın hiç bulunmadığı hâllerde olabileceği görüşündedir. Buna göre, yalnızca bir büyük önermeye göre küçük önermenin değerlendirildiği yani tasımlamanın yapıldığı her hâlükârda içtihat bahsedilemez. İçtihat bunun ötesinde hâkime özgü zihni çabanın ürünü olan yargı kararları anlamına gelmektedir. Halim Alperen Çıtak, *İdare Hukukunun İçtihadı Karakteri* (On İki Levha Yayıncılık, 2020), 11. Bir kere, içtihat, kararın tamamı/kendisi değildir. İçtihat olarak nitelendirilebilecek olan, mahkeme kararının ancak belli bir kısmıdır/kısımlarıdır. İkinci olarak, öğretide ve mevzuatta, bilinçli veya bilinçsiz olarak, böyle bir ayırım yapılmamıştır. Örneğin 2575 numaralı Danıştay Kanunu m. 39'da içtihadın birleştirilmesi ibaresi kullanılmıştır. Esas itibarıyla madem tasımlama faaliyetinde de hâkim bir çaba göstermektedir, hiç değilse küçük önermeye uyan büyük önermeyi bulmaktadır ve nihayetinde vargıya ulaşmaktadır, o hâlde bu da niteliği itibarıyla bir içtihattır.

²⁴ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (Seçkin Yayınevi, 2023), 41.

II. YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARLARI

A. Kavram ve Tarihçe

İçtihadı birleştirme kararı, öğretide bir görüşe göre bir yüksek mahkemenin bir konudaki farklı içtihatları birleştirilerek çelişkileri ortadan kaldırma ve hukuk birliği sağlama amacıyla aldığı karardır.²⁵ Kanaatimizce istihdaf edilen amaçları, kararı alan merci ve kararın neden alındığı hususları dikkate alınarak içtihadı birleştirme kararı, bir yargılama kolunda hukukun uygulanmasında birliği sağlamak amacıyla o yargılama kolundaki yüksek mahkemenin veya mahkeme faaliyeti gösteren mercinin kendi içtihatları arasındaki aykırılık veya uyumsuzluğu gidermek veya birleştirilmiş içtihadı değiştirmek için bunları birleştirme yönünde verdiği karardır. Esas itibarıyla kararın içeriğinde de bir içtihat bulunmakta ve ilgili yargılama kolunda uygulanmasının söz konusu olacağı hususlarda artık bu içtihadı göre karar verilmesi gerekmektedir. Tanımda istihdaf edilen amaçlar tabirinin kullanılmasının nedeni, bu kararlarla hukukun uygulanmasında birliği sağlamanın amaçlanması ancak dolaylı olarak bunun, hukuki güvenliği sağlama ve kanun koyucuya yol gösterme sonuçlarını doğurabilmesidir.²⁶ Başka bir ifadeyle, hukuki güvenliği sağlama ve/veya kanun koyucuya yol gösterme, içtihadı birleştirme kararları ile istihdaf edilen amaçlar olmadığı gibi aynı zamanda da olamaz. Bu kararların amacı yalnızca hukukun uygulanmasında birliğin sağlanması olabilir. İçtihadı birleştirme kararları ancak bu amaçla alınabilir. Aksi yönde bir kabul, fonksiyonlar ayrılığını ihlal edici bir sonuca götürebilir.

İçtihadı birleştirme kararları, Türk hukukuna özgü bir kurumdur ve ilk defa adli yargılamadaki yüksek mahkeme olan Yargıtay'ın bu şekilde kararlar verebileceği düzenlemesi yapılmıştır. Bu ise ilk olarak 1926 yılında 834 numaralı Mahkemei Temyiz Teşkilatının Tevsine Dair Kanun ile kabul edilmiş, daha sonra 1928 yılında 1221 numaralı Temyiz Mahkemesi Teşkilatına Dair Kanun ile 1973 yılında 1730 numaralı Yargıtay Kanunu'nda da Yargıtay'ın bu türde kararlar verebileceği yönünde hüküm vazedilmiştir.²⁷ Yürürlükteki hukuka bakıldığında içtihadı birleştirme kararı verilebileceği yönündeki düzenlemeler; adli yargılamada Yargıtay için 2797 numaralı Yargıtay Kanunu'nda, idari yargılamada Danıştay için 2575 numaralı Danıştay Kanunu'nda, hesap yargılamasında Sayıştay için 6085 numaralı Sayıştay Kanunu'nda yer almaktadır.²⁸

²⁵ Erdoğan, *Sözlük*, 227.

²⁶ Bu sonuçların doğabileceği açıklaması için bkz. Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (Beta Yayıncılık, 2023), 86.

²⁷ Baki Kuru, *İçtihatların Birleştirilmesi Yolu ile İlgili Bazı Sorunlar* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977), 12, 13.

²⁸ 2797 numaralı Kanun m. 15/2-b, c, m. 16/5, m. 45; 2575 numaralı Kanun m. 18, m. 39, m. 40; 6085 numaralı Kanun m. 58, m. 59, m. 25/2-b. Ayrıca 6771 numaralı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile ilgili kanunları yürürlükten kaldırılmış olan Askerî Yargıtay'ın ve Askerî Yüksek İdare Mahkemesi'nin de bu türde kararlar verebileceği bu yüksek mahkemelerin kendi kanunlarında düzenlenmişti. Bkz. 1600 numaralı Askerî Yargıtay Kanunu m. 16/2, m. 30, m. 31, m. 32; 1602 numaralı Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kanun m. 29-d. Askerî Yargıtay'ın ve Askerî Yüksek İdare Mahkemesi'nin, ilgili kanunları yürürlükteyken verdiği içtihadı birleştirme kararlarının hâlen bağlayıcılık durumunun ise bir sorun olarak ayrıca tartışılması gerekmektedir. Belirtmelidir ki 6771 numaralı Kanun m. 16'da bu mahkemelere ilişkin hükümlerin yer aldığı maddelerin yürürlükten kaldırıldığı, m. 17'de ise Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ve askerî mahkemelerin kaldırıldığı hükmü vazedilmiştir. Anlaşılabileceği üzere bu Kanun'da, Askerî Yargıtay'ın ve Askerî Yüksek İdare Mahkemesi'nin vermiş olduğu içtihadı birleştirme kararlarının da yürürlükten kaldırıldığına dair açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte bu yüksek mahkemelerin içtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcı olduğuna ilişkin hükümlerin de yer aldığı ilgili kanunlar, 15.08.2017 tarihli ve 694 numaralı Olağanüstü Hâl Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m. 203 ile yürürlükten kaldırılmıştır. 694 numaralı Kanun Hükmünde Kararname'nin 204 üncü maddesindeki “Bu Kanun Hükmünde Kararname yayımı tarihinde yürürlüğe girer.” hükmü gereğince bu mahkemelerin verdiği içtihadı birleştirme kararlarının, 694 numaralı Kanun Hükmünde Kararname'nin Resmî Gazete'de yayım tarihi olan 25.08.2017 itibarıyla bağlayıcılığı kalmamıştır. Askerî Ceza Kanunu'nun hâlen yürürlükte olması sebebiyle Askerî Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararlarının yürürlüklerini koruduğu ifadesiyle aksi yönde görüş için bkz. Taş, “Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararları,” 25.

B. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarının Hukuki Niteliği

Yargıtay içtihadı birleştirme kararlarının hukuki niteliğinin tespiti için öncelikle yasama ve yargılama fonksiyonlarının tanımlanması gerekmektedir.

Yasama fonksiyonu, maddi açıdan tanımlanacak olursa en basit ifadesiyle kural koyma veya diğer deyişle düzenleyici işlem yapmadır. Kural koyucu veya düzenleyici işlemlerin özellikleri ise genel olması, soyut olması, kişilik dışı olması ve uygulanmakla tükenmemesidir. Bununla birlikte, Türk anayasa hukuku öğretisinde düzenleyici işlemlerin başında gelen kanun, maddi anlamıyla değil şekli anlamıyla tanımlanmaktadır. Buna göre kanun, Anayasada öngörülen yetkili organ yani Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından Anayasadaki usul ve esaslara göre yürürlüğe konan yazılı hukuk kuralıdır. Öyleyse şekli anlamda yasama fonksiyonu da Anayasa m. 7'ye göre yasama organı tarafından yasama usullerine göre gerçekleştirilen faaliyettir.²⁹

Yargılama fonksiyonunun³⁰ da maddi ve şekli olmak üzere iki farklı açıdan tanımlanması mümkündür. Maddi açıdan yargılama, hukuki uyumsuzlukların kesin olarak çözülmesi; şekli açıdan yargılama ise yargılama organlarının fonksiyonu şeklinde tanımlanabilir. Bununla birlikte, yargılama organlarının her türlü faaliyetinin yargılamaya ilişkin olduğunun kabul edilmesi mümkün değildir. Örneğin yargılama organlarının, kendi idari personeline ilişkin işlemleri yargılamaya ilişkin faaliyet değildir. Keza bir yüksek mahkeme için düşünülecek olursa söz gelimi Yargıtay'daki bir üyelik seçimi yargılama organı olarak Yargıtay'dan sâdır olmakla birlikte yargılama faaliyeti değildir. Öyleyse yargılama fonksiyonunun ne yalnızca maddi ne yalnızca şekli anlamda tanımlanması yeterlidir. Bilakis yargılama fonksiyonunun isabetli bir şekilde tanımlanabilmesi için ikisinin birlikte ele alınması gerekir. Buna göre yargılama fonksiyonu, yargılama organlarının hukuki uyumsuzlukları kesin olarak çözmeye faaliyetidir.³¹

Yasama ve yargılama fonksiyonları bu şekilde tanımlandığında, içtihadı birleştirme kararlarının hukuki niteliğinin ne olduğu sorunu ile karşılaşmaktadır. Öncelikle ifade edilmelidir ki öğretide bu kararların hukuki niteliği hususunda bir görüş birliği yoktur. Bir görüşe göre bunlar yargısal karar niteliğindedir;³² başka bir görüşe göre bunlar belli bir uyumsuzluğun çözülmesine ilişkin olmamakla birlikte, organik açıdan birer yargılama işlemidir.³³ Bu kararların maddi yönünü de değerlendiren görüşlerden birine göre bu kararlar ile yeni kurallar yaratılmamakta, var olan kurallar yorumlanmaktadır; buna göre içtihadı birleştirme kararları birer kural koyucu/düzenleyici işlem değildir.³⁴ Bir görüşe göre ise bu kararların hukuki niteliğinin tespiti için ayırım yapılmalıdır. Buna göre, bu kararların bazılarında pozitif hukukta yer alan bir kuralın yorumlanmasıyla yetinilmekte, bazılarında ise hukuk yaratılmaktadır.³⁵ Başka bir görüşe göre içtihadı birleştirme kararı, kendine özgü özellikleri olan bir hukuki düzenleme olup bir yargısal yorum(lama) aracıdır.³⁶

²⁹ Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (Beta Yayıncılık, 2020), 298, 301; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (Yetkin Yayınları, 2020), 208, 210.

³⁰ Yargılama fonksiyonuna ilişkin olarak 1982 Anayasası'nda temel düzenleme, Anayasa'nın 9 uncu maddesinde yer almaktadır. 1982 Anayasası m. 9 (Yargı yetkisi) - "Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır."

³¹ Gözler, *Hukuka Giriş*, 472, 474, 475.

³² Öğretide *Kuru*, içtihadı birleştirme kararlarının yargısal karar olduğu görüşündedir. Bkz. *Kuru, İçtihatların Birleştirilmesi*, 10.

³³ Öğretide *Altundış*, bu kararların maddi açıdan niteliğini belirtmeden, zikredilen görüşü ileri sürmektedir. Bkz. Mehmet Altundış, "Hukuki Güvenlik İlkesi *Yasama Dergisi*, no. 10 (2008): 80.

³⁴ Şerife Yıldız Akgül, "İçtihadı Birleştirme Kurumu ve İptal Kararı Üzerine Fiili Çalışmaya Bağlı Döner Sermaye Ek Ödemelerinin Davacıya Ödenmesi Gerektiğine İlişkin Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 2013/2 Esas ve 2018/2 Sayılı Kararı Üzerine Değerlendirme" *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 1 (2020): 47, 57.

³⁵ Nurbanu Erzurumlu Işık, *Medenî Usûl Hukukunda Yorum-Hukuk Yaratma ve İçtihadı Birleştirme Kararları* (On İki Levha Yayıncılık, 2023), 238, 239.

³⁶ Taş, "Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararları," 12, 13.

İçtihadı birleştirme kararlarının hukuki niteliği tespit edilirken, birlikte ele alınması gereken iki tutamak bulunmaktadır. Bunlardan biri, bu kararların somut bir hukuki uyuşmazlığın çözülmesi amacıyla alınmaması, somut hukuki uyuşmazlıklar için verilmiş içtihatların değiştirilmesi veya birleştirilmesi amacıyla alınmasıdır. Diğeri ise yargılama organlarının somut bir hukuki uyuşmazlığı (kesin olarak) çözmesi faaliyetinin, yukarıda maddi ve şekli açıdan tanımları birleştirilerek tanımlandığı üzere yargılama faaliyetinin, hukuki uyuşmazlığın türü fark etmeksizin *muhakeme* şeklinde yapılmasıdır. Bir kere Türk hukuk düzeninde hiçbir mahkemenin re'sen yani açılmış bir dava olmaksızın harekete geçmesi mümkün değildir.³⁷ İkinci olarak hukuki uyuşmazlığın türü fark etmeksizin hukuki uyuşmazlıkların çözülmesinde mutlaka iki taraf söz konusu olur, tarafların ileri sürdükleri ve muhakemenin türüne göre hâkimin re'sen elde ettiği delillere göre uyuşmazlık çözülür.³⁸ Üçüncü olarak faaliyetin neticesi olan yargı, icra edilebilirlik (veya ceza hukukundaki adlandırmayla infaz edilebilirlik) vasfını haizdir. İçtihadı birleştirme kararları ise bir dava açma işlemi üzerine alınmamakta, bu kararların alınmasında delil ikamesi de söz konusu olmamaktadır. Keza bu kararlar açısından icra (veya infaz) edilebilirlikten bahsedilemeyeceği de açıktır.³⁹

İçtihadı birleştirme kararlarında bir hukuk kuralının nasıl yorumlanması gerektiği ortaya koyulmakla birlikte, yorumun nasıl olması gerektiği ortaya koyulurken, içtihadı birleştirme kararları bağlayıcı olduğu için artık bağlayıcılık kapsamındaki tüm yargılama mercilerinin uygulayabileceği şekilde genel, soyut bir kural konuluyormuş gibi hareket edilmektedir.⁴⁰ Bir ifadeyle, ortaya yine bir içtihadın çıktığından bahsedilebilecek olmakla birlikte, bu içtihat, maddi anlamda yasama faaliyeti gerçekleştirilerek yapılmaktadır. Bu bağlamda, içtihadı birleştirme kararları alınırken gerçekleştirilen faaliyet yargılama değil, maddi açıdan yasama faaliyetidir.⁴¹ Hakikaten örneğin Yargıtay içtihadı birleştirme kararları ile artık bu karar doğrultusunda hukuki uyuşmazlıkların çözülmesi; diğer deyişle,

³⁷ 1982 Anayasası m. 150 (İptal davası) - "... Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı ..."; 1982 Anayasası m. 152 (Anayasa aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi) - "... // Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere ..."; 6100 numaralı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 24/1 - "(1) Hâkim, iki taraftan birinin talebi olmaksızın, kendiliğinden bir davayı inceleyemez ve karara bağlayamaz."; 5271 numaralı Ceza Muhakemesi Kanunu m. 175/1 - "(1) İddianamenin kabulüyle, kamu davası açılmış olur ..."; CMK m. 225/1 - "(1) Hüküm, ancak iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin fiil ve faili hakkında verilir."

³⁸ HMK m. 187/1 - "(1) İspatın konusunu tarafların üzerinde anlaşılmadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturur ve bu vakıaların ispatı için delil gösterilir."; CMK m. 217/1 - "(1) Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. ..."

³⁹ Fahrettin Kayhan, "Özel Hukuk Uygulamasında Yargı İctihatlarının ve İctihadı Birleştirme Kararlarının Normatif Gücü" *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 2 (1999): 357.

⁴⁰ Örneğin Yargıtay İctihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun E. 1989/2, K. 1990/3, 06.04.1990 künyeli kararında "Yukarıda açıklanan nedenlerle telefon hizmetinden çeşitli usul ve yöntemlerle saptama yapmak suretiyle bedelsiz ve kaçak yararlanmanın, Türk Ceza Kanunu açısından hırsızlık fiilini oluşturacağına, 6.4.1990 gününde ilk görüşmede üçte ikiyi geçen çoğunlukla karar verildi." ifadesi yer almaktadır. Bkz. Yar. İBBGK, E. 1989/2, K. 1990/3, 06.04.1990, (Lexpera Veritabanı). Mezkûr kararda Yargıtay İctihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu bir içtihatla bulunmakla birlikte, bu içtihadı, artık bağlayıcı olacağı için, âdeta bir hukuk kuralı ihdas eder gibi ortaya koymaktadır. Buna göre telefon hizmetinden bedelsiz ve kaçak yararlanma da hırsızlık suçunu oluşturur veya hırsızlık suçunun telefon hattından bedelsiz ve kaçak yararlanma suretiyle işlenmesi suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâlidir gibi bir hukuk kuralı oluşturulmaktadır.

⁴¹ Kayhan, "İctihadı Birleştirme Kararlarının Normatif Gücü," 357, 359; Gözler, *Hukuka Giriş*, 200; İnan, "Sayıştay'da İctihatları Birleştirme," 75. AYM'nin E. 1968/38, K. 1969/34, 12.06.1969 künyeli kararında ise aksi yönde görüş yer almaktadır: "Buna göre içtihadı birleştirme kararı yasa koyucu veya yetkisi içinde idare tarafından ortaya konulmuş bulunan nesnel hukuk kurallarının uygulanma biçimini gösteren ve bu bakımdan yemlik doğurucu nitelikte bulunmayan, ancak hukukî bir durumu açıklayan nitelikte bir hukuk işlemidir. Bundan ötürü bu işlem; genel, nesnel ve yenilik doğurucu nitelikte bir işlem olan yasa koyma işlemi ile bir tutulamaz ve içtihadı birleştirme karar veren Yargıtay'ca Türkiye Büyük Millet Meclisine özgü yasama yetkisinin kullanılmış ve böylece Anayasa'nın öngördüğü güçler ayrılığı ilkesinin çiğnenmiş olduğu ileri sürülemez."

Karar metni için bkz. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1969-34-nrm.pdf>.

ilişkin olduğu hukuki uyumsuzluklarda artık bu karar doğrultusunda karar verilmesi gerekmektedir. Bunu sağlamak için de genel, soyut, kişilik dışı ve uygulanmakla tükenmeyen bir işlem yapılmaktadır. Esas itibarıyla sorun da teşkil eden husus, hukuk düzeninde mezkûr işlemin bir içtihat şeklinde veya artık bir içtihadın içinde bulunduğu karar şeklinde varlık göstermesidir. Daha açık bir ifadeyle, işlem içtihat veya içinde içtihat bulunan karar şeklinde tezahür etmekle birlikte, maddi açıdan yasama faaliyeti gerçekleştirilerek yapılmaktadır.⁴² Söz konusu niteliği itibarıyla içtihadı birleştirme kararı almanın, 4721 numaralı Türk Medeni Kanunu m.1/2'deki hâkimin kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar vereceği hükmündeki⁴³ faaliyete benzer olduğu düşünülebilirse de bu hükümden, somut bir hukuki uyumsuzlukla ilgili olmaması yönüyle farklıdır.

C. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarının Bağlayıcılığı ile İlgili Sorunlar

1. İçtihadı Birleştirme Kararları Alma Yetkisinin Kanunla Düzenlenmiş Olması

İçtihadı birleştirme kararları ile ilgili olarak aşağıda tartışılacak olanlar için öncelikle içtihadı birleştirme kararları alma yetkisinin kanunla düzenlenmiş olmasının ele alınması gerekmektedir. Kanaatimizce içtihadı birleştirme kararları somut bir hukuki uyumsuzluğun çözülmesi ile ilgili olmadığı için bir tür kural koyucu/düzenleyici işlem niteliğindedir. Bu bağlamda, ilk olarak düzenleyici işlem yapma yetkisinin esas itibarıyla yasama organına ait olduğu belirtilmelidir. Anayasa hukuku literatüründe bu durum yasama yetkisinin asliliği ve genelliği ile ifade edilmektedir.⁴⁴ İdarenin düzenleyici işlem yapma yetkisi ise türev bir yetkidir. Çünkü idarenin düzenleyici işlem yapabilmesi için öncelikle bir kanunun bulunması gerekmektedir. Bunun istisnası Cumhurbaşkanının, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilmesidir. Bununla birlikte, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde bu kararnameleri çıkarma yetkisi anayasadan kaynaklanmaktadır.⁴⁵ İçtihadı birleştirme kararlarında ise içtihadı birleştirme kararları alma yetkisi

⁴² Zeki Uysal, “GeçmiştenGünümüze Danıştay İçtihatları Birleştirme Sistemi” *Danıştay Dergisi*, no. 155 (2023): 139. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun E. 4/71, K. 21, 20.02.1963 künyeli kararında, “*Yargıtay kuruluş kanununun 6082 sayılı kanunla değişik 8. maddesinin 5. fıkrası uyarınca içtihadı birleştirme kararı, gerek Yargıtayı, gerekse diğer mahkemeleri bağlar. Bu bakımdan bir konunun içtihadı birleştirme kararıyla aydınlanması, ameli sonuç bakımından, o konuda yeni bir Yasa çıkarılması anlamına gelmektedir.*” ifadesi yer almaktadır. Yar. HGK, E. 4/71, K. 21, 20.02.1963, iç. *Adalet Dergisi* 54, no. 5-8 (Mayıs-Haziran 1963): 776. Öğretide *Erzurumlu Işık*’ın yalnızca bir hukuk kuralının yorumlanmasıyla yetinildiği içtihadı birleştirme kararlarına örnek gösterdiği kararın sonuç kısmında “*6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden sonra açılmış olan davalarda tarafların dava ve cevap dilekçeleri ile delil listelerinde “sair deliller, her türlü delil, ve sair deliller” gibi ibarelerin bulunması halinde tarafların yemin deliline başvurmuş sayılamayacakları ve bu kapsamda hâkimin ispat yükü kendisine düşen tarafa “yemin teklifinde bulunma hakkı”nı hatırlatamayacağına... karar verilmiştir.*” ifadeleri yer almaktadır. Bkz. *Erzurumlu Işık, Medenî Usûl Hukuku*, 239: dn. 260; Karar metni için bkz. RG. 17.06.2017, S. 30099. Burada da Yargıtay Hukuk Genel Kurulu âdeta ifadedeki yönde bir kural vazetmiştir. Kanaatimizce bu durumu ortaya çıkaran, içtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcı olması ve somut bir hukuki uyumsuzluğu çözücü nitelikte de olmamasıdır.

⁴³ TMK m. 1/2 - “*Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, ... bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir.*”

⁴⁴ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Hukuku*, 299; Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları: Ders Kitabı* (Ekin Yayınevi, 2021), 356.

⁴⁵ İdarenin düzenleyici işlem yapma yetkisinin türev bir yetki olduğu hususunda bkz. Duygun Yarsuvat, “Yürütme Organının Koyduğu Kaidelerle Suç İhdası ve 1961 Anayasası” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 29, no. 3 (1963): 544, 555. 1982 Anayasası m. 124’te Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelikler çıkarılabileceği, m. 104/18’de ise Cumhurbaşkanının, kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelikler çıkarılabileceği hükmü vazedilmiştir. Demek ki bir yönetmeliğin çıkarılabilemesi için öncelikle bir kanunun bulunması gerekir. İdarenin diğer (adsız) düzenleyici işlemleri için genel hükümlerden hareketle aynı sonuca erişilebilir. Nitekim idarenin kanuniliğinin yani teşkilat ve faaliyetlerinin kanuna dayanması gerekliliğinin hukuk devletinin şekli unsurlarından biri olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 147.

anayasadan değil, kanundan kaynaklanmaktadır. İctihadı birleştirme kararları alma yetkisinin kanunla düzenlenmiş olması, 1982 Anayasası m. 6/3'teki hiçbir kimse veya organın kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamayacağı hükmü karşısında bir anayasaya aykırılık sorunu teşkil etmektedir.⁴⁶

2. İctihadı Birleştirme Kararlarının Normlar Hiyerarşisindeki Konumu

İctihadı birleştirme kararlarının veya daha doğrusu ictihadı birleştirme kararı ile ortaya konan yeni ictihadın normlar hiyerarşisindeki konumu, bu kararların bağlayıcılığı ile ilgili olarak tartışılması gereken sorunlardan biridir. Tartışma kapsamında öncelikle çözülmesi gereken, bu kararların kanuna karşı konumudur. Öğretide bir görüşe göre bu kararlar kanun hükmündedir.⁴⁷ İfade edilmelidir ki ictihadı birleştirme kararlarının zaten anayasal dayanağı bulunmamaktadır. Çalışma özelinde Yargıtay'ın ictihadı birleştirme kararları alma yetkisi anayasada değil, kanunda düzenlenmiştir. Bu kararların anayasal dayanağı olsaydı, kanun hükmünde yani kanuna eş değer oldukları yönünde bir hüküm vazedilebilirdi. Bununla birlikte, kanunda da bu durum belirtilemeyeceği için ictihadı birleştirme kararlarının kanuna eş değer olduğunun söylenmesi mümkün değildir.

Sorunun çözülmesi için 1982 Anayasası m. 138/1'e bakıldığında, bu hükümde hâkimlerin, Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vereceği ifadesiyle normlar hiyerarşisinde anayasadan kanuna, kanundan diğer hukuk kurallarına doğru bir sıralama yapılmıştır. Benzer bir sıralama, 1982 Anayasası m. 137/1'de yer almaktadır. Buna göre kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse yerine getirmeyecek ve bu aykırılığı o emri verene bildirecektir. Buradaki sıralama aşağıda yer alan normdan onun üzerinde yer alan norma doğru yapılmıştır.⁴⁸ Yasama yetkisinin genelliği ilkesi gereğince anayasada olmasa bile bir alanın kanunla düzenlenmesi yetkisi kanun koyucuya aittir. Kanunla diğer düzenleyici işlemlerin birbirinden en önemli farkı da budur. Kanunla düzenleme yetkisi tali/ikincil bir yetki değil, bilakis, yalnızca anayasaya uygun olması sınırlamasıyla, asli/ıkel bir yetkidir. Diğer düzenleyici işlemlerde işlemi yapma yetkisi ise yukarıda işaret edildiği üzere müştak/türev bir yetkidir.⁴⁹ Yargıtay'ın ictihadı birleştirme kararları alma yetkisi, doğrudan anayasadan değil, kanundan kaynaklanan bir yetkidir. Öyleyse söz konusu hükümlerle birlikte değerlendirildiğinde, kanaatimizce ictihadı birleştirme kararları, çalışma özelinde de Yargıtay ictihadı birleştirme kararları, normlar hiyerarşisinde kanunun aşağısında yer almaktadır.⁵⁰

İctihadı birleştirme kararlarının kanunun aşağısında yer almasının bir sonucu olarak ictihadı birleştirme kararı ile kanun çatıştığında hâkimin dikkate alması gereken kanundur.

3. İctihadı Birleştirme Kararlarının Yargılama Bağımsızlığını İhlal Edip Etmediği

İctihadı birleştirme kararları ile ilgili tartışılan bir husus da bu kararların bağlayıcı olması dolayısıyla yargılamaya hâkim olan/olması gereken temel ilkelerden biri olan yargılama bağımsızlığına

⁴⁶ İctihadı birleştirme kararları alma yetkisinin ayrıca yasama yetkisinin devredilmezliğine ilişkin 1982 Anayasası m. 7'deki hükme de aykırı olduğu hususunda bkz. Kayhan, "İctihadı Birleştirme Kararlarının Normatif Gücü," 361; Aksi yönde bkz. Taş, "Yargıtay İctihatları Birleştirme Kararları," 10'daki dipnot 34 (Öğretide Taş, yasama faaliyeti benzeri olan her normun Anayasaya aykırılık teşkil ettiği kabulünün isabetli olmadığını belirtmektedir. Örnek olarak bu kabule göre Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarmanın da Anayasaya aykırı olacağını göstermektedir. Taş, "Yargıtay İctihatları Birleştirme Kararları," 10'daki dipnot 34. Belirtilmelidir ki burada yetki doğrudan anayasadan kaynaklandığı için bir anayasaya aykırılık sorunu bulunmamaktadır.).

⁴⁷ Öztekin Tosun, "Ceza Hukukunun Gerçek Kaynakları" *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 28, no. 3-4 (1962): 629; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 192; Erdoğan, *Sözlük*, 227.

⁴⁸ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 47.

⁴⁹ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Hukuku*, 300; Yarsuvat, "Yürütme Organının Koyduğu Kaidelerle Suç İhdası," 544, 555.

⁵⁰ Taş, "Yargıtay İctihatları Birleştirme Kararları," 18.

aykırılık teşkil edip etmediğidir. Öğretide *Kunter*, yargılama organının anayasada düzenlenmiş olan yasama ve yürütme organına karşı bağımsızlığına, yargılama organına karşı bağımsızlığı da eklemektedir. Buna göre, örneğin kanun yolu muhakemesinde yargılama makamları arasında bir hiyerarşi olabilir ancak bu, muhakemede bir düzeni, bir iş birliğini sağlamak için kabul edilmiştir. Hiyerarşinin bir sonucu olarak da bir yargılama biriminin üzerinde yer alan başka bir yargılama birimi, daha aşağıdaki birimde görev yapan hâkimin kararını bozabilir veya onu bağlayacak nitelikte bir karar verebilir. İçtihadı birleştirme kararlarında ise kararı alan merci, önceden ve genel nitelikte emir ve talimat vermekte, hâkimlerin benzer hukuki konularda belli yönde karar vermelerini sonucunu doğuracak şekilde onları bağlamaktadır. Hâkim, içtihadı birleştirme kararı yönünde karar verecek, diğer deyişle serbestçe karar veremeyecektir. Bu da yargılamanın bağımsızlığına aykırılık teşkil etmektedir.⁵¹ Burada bir eleştiri olarak benzer durumun Anayasa Mahkemesi kararları açısından da geçerli olduğu ileri sürülebilir. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığına ilişkin yetki anayasadan kaynakladığı hâlde, içtihadı birleştirme kararlarında yetki kanundan kaynaklanmaktadır.⁵²

4. İçtihadı Birleştirme Kararlarının Zaman Bakımından Uygulanması

Yargıtay içtihadı birleştirme kararları, 2797 numaralı Yargıtay Kanunu m. 58'e göre Resmî Gazete'de yayımlanır.⁵³ 10 numaralı Resmî Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m. 7'ye göre de bu kararlar Resmî Gazete'de yayımlandığı gün yürürlüğe girer. Yargıtay içtihadı birleştirme kararları da zaman bakımından uygulama açısından derhâl uygulanma ilkesine tabidir. Bu kararlar Resmî Gazete'de yayımlandıkları günden itibaren ilgili oldukları hususlarda uygulanacaktır.⁵⁴

Yargıtay içtihadı birleştirme kararlarının zaman bakımından uygulanması ile ilgili olarak tartışılan bir husus ise bu kararlarla lehe değişiklik olması hâlinde zaman bakımından uygulanma açısından lehe geriye yürütme ilkesinin uygulanabilip uygulanamayacağıdır. Esas itibarıyla bu tartışma bile bir soruna işaret etmektedir. Demek ki bu kararlarla kanunlarla olduğu gibi lehe değişiklikler yapılabilmektedir. Hemen belirtilmelidir ki buna ilişkin bir yetki anayasada tanımlanmadığı için bu noktadan da içtihadı birleştirme kararları anayasaya aykırıdır.

Öğretide içtihadı birleştirme kararlarının lehe uygulanması ile ilgili olarak bunun mümkün olduğunu ileri sürenler bulunmaktadır.⁵⁵ Belirtmelidir ki Anayasa Mahkemesi kararları için dahi, ki bu yetki anayasada açıkça yer aldığı hâlde içtihadı birleştirme kararlarında böyle bir durum söz konusu değildir, bunların lehe sonuç doğuracak nitelikte olması hâlinde lehe düzenlemenin geriye yürütülmesinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Bu bağlamda öğretide *Özgenç*, 1982 Anayasası

⁵¹ *Kunter, Ceza Muhakemesi Hukuku*, 355, kn. 180; *Kayhan*, “İçtihadı Birleştirme Kararlarının Normatif Gücü,” 361.

⁵² İşte tam bu noktada 1982 Anayasası m. 6/3 hükmünün zikredilmesi gerekmektedir. 1982 Anayasası m. 6/3 - “Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.”

⁵³ 2797 numaralı Kanun m. 58 - “Bu Kanun hükümlerine göre alınacak ... içtihadı birleştirme kararları ... Resmî Gazete’de yayımlanır.”

⁵⁴ *İnan*, “Sayıştay’da İçtihatları Birleştirme,” 85. Öğretide *Yıldız Akgül*, Danıştay içtihadı birleştirme kararlarının zaman bakımından uygulanması ile ilgili olarak haberdar olma esasına göre idari yargılama yerleri ve idare açısından bir ayırım yapılabileceği görüşündedir. Bkz. *Yıldız Akgül*, “İçtihat,” 56. Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu, Danıştay Başkanı, başkanvekilleri, Başsavcı ile dava dairelerinin başkan ve üyelerinin katılımı ile kurulduğu için bunlar, içtihadı birleştirme kararından haberdardır. Bu nedenle içtihadı birleştirme kararları, zikredilenler açısından alındığı tarihte bağlayıcıdır. Kanaatimizce 2575 numaralı Danıştay Kanunu m. 40/3’e göre Danıştay içtihadı birleştirme kararları da Resmî Gazete’de yayımlanacağı ve 10 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nde de açık hüküm bulunduğu için bu kararlar da yayımlandığı tarihte ancak yürürlüğe girer ve dolayısıyla bağlayıcı hâle gelir. Haberdar olmanın bu hususta bir kriter olarak uygulanamayacağını değerlendirmekteyiz. Kaldı ki içtihadı birleştirme kararları zikredilenler bakımından uygulanacak olmakla birlikte, somut bir hukuki uyumsuzlukta uygulanacaktır. Bu uyumsuzluğun muhataplarının henüz bilmediği, Resmî Gazete’de henüz yayımlanmamışsa bilemeyeceği bir içtihadın uygulanması, hukuki güvenlik açısından bakıldığında isabetli olmayacaktır.

⁵⁵ *Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, Genel Hükümler*, 212; *Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 107; *Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Adalet Yayınevi, 2021), 68.

m. 153/5'in değiştirilerek iptal kararlarının geriye yürümeyeceği ancak bir suçun unsurlarına, sair cezalandırılabilme şartlarına, cezasına, ceza mahkûmiyetinin kanuni neticelerine ilişkin kanun hükümlerinin iptali hâlinde lehe sonuç doğuran iptal kararlarının geriye etkili olacağı şeklinde düzenlenebileceğini ifade etmektedir.⁵⁶ Kanaatimizce açık bir düzenlemenin bulunmaması dolayısıyla Yargıtay içtihadı birleştirme kararlarının zaman bakımından uygulanmasında lehe uygulanma yapılması mümkün değildir.⁵⁷

5. İctihadı Birleştirme Kararlarının Denetimi

Yargıtay içtihadı birleştirme kararları ile ilgili olarak 2797 numaralı Yargıtay Kanunu'nda yer alan düzenlemelerde, bu kararların yargısal denetimi ile ilgili bir usul öngörülmemiştir. Bir kere bu kararlar, zaten somut bir hukuki uyuşmazlıkla da ilgili olmadığı için muhakeme kanunlarında öngörülen kanun yollarına bu kararlar için başvurulamayacağı, izahtan varestedir. Sonuç itibarıyla aynı Anayasa Mahkemesi kararlarında olduğu gibi Yargıtay içtihadı birleştirme kararları da kesindir. Temsili demokrasinin bir sonucu olarak yasama organı tarafından yapılan bir kanun, hukuk devletinin icabı olarak Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenirken, hâkimleri bağlayıcı olan yani hâkimlerin mutlaka o yönde karar vermesini gerektiren içtihadı birleştirme kararlarının yargısal denetimi mümkün değildir. Üstelik içtihadı birleştirme kararlarının kesinliği, Anayasa'nın bir hükmünden değil, kanundan kaynaklanmaktadır.⁵⁸

⁵⁶ Özgenç, *Genel Hükümler*, 158.

⁵⁷ Gedik ve Koç, "Hüküm Kurma ve İctihat," 162; İnan, "Sayıştay'da İctihatları Birleştirme," 85. Yargıtay İctihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun bir içtihadı birleştirme kararında da içtihadı birleştirme kararlarının bu tür bir etkisinin olmadığı aynı gerekçeyle ifade edilmiştir. "Bu izahlardan sonra tevhide içtihat kararına dayanılarak daha önce muhkem kaziye teşkil etmiş olan temyiz kararları hakkında tashih yoluna gidilip gidilemeyeceği hakkındaki asıl ihtilâf mevzuunu teşkil eden meseleye gelince: 1221 sayılı Temyiz Mahkemesi Teşkilâtına dair Kanunun sekizinci maddesinde tezat ve mübâyenet hakkında Yargıtay Genel Kurulunca itihaz olunacak kararların Yargıtay Dairelerince mümasil işlerde mabihülîmtisal oldukları ve taraflara tesir etmeyecekleri tasrih olunmuştur. // Adalet Komisyonunun 19/2/1928 tarih ve 31 karar ve 1/23 esas numaralı mazbatasında aynen ... Sekizinci madde mucibince verilecek kararların mukaddema verilmiş olan ilâmat hükümlerine müessir olamaması tabii görüldüğünden keyfiyet maddede ayrıca tasrih olunmuştur) denilmektedir. // İctihatta vâkı olan tebeddülün evvelce müstakar olarak tatbik olunan içtihat dairesinde kesinleşmiş olan hükümlere sari olmadığını bizzat kanun vazı maddeye koyduğu hüküm ile tesbit etmiştir. Zamanın ihtiyaçlarına ve şartlarına göre değişmeye mahkûm olan hukuk telâkkileriyle muvazi olarak kazai içtihatlarda da tebeddüller vâkı olur. Fakat bu içtihat tebeddülleri kaide olarak mukabillerine şâmil olamazlar. Bu husus bir hukuk prensibi olarak Temyiz Teşkilâtının tevsiine dair olan kanunun 8 inci maddesinde de açıklanmış bulunmaktadır. Kanuni tefsir kazai içtihatlardan tamamiyle ayrı mahiyettedir. Kanunun esasında haiz olduğu hükmü açıklamış olmak itibarıyla Büyük Millet Meclisince tefsir yolu ile verilen kararların makabline şümûlî olduğunda tereddüt edilemez. // ... Kaldı ki, sonraki içtihadı göre eski içtihat dairesinde katılmış olan Yargıtay kararları hakkında tashih yoluna müracaat olunabileceğinin kabulü için bütün kararlara karşı istisnasız bir şekilde bu yola müracaat edilmesi mecburiyetini sağlayacak kanuni bir mesnede ihtiyaç olduğu da ayrıca düşünülmalıdır." Bkz. Yar. İBBGK, E. 1948/4, K. 1949/11, 15.06.1949, (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

Alman hukukunda ise bir görüşe göre yüksek mahkeme içtihatları açısından geriye yürüme yasağı bile uygulanmaz; bunlar, sanığın aleyhine bile olsa geriye yürütülecektir. Çünkü burada kanunun kendisi değil, yalnızca yorumu değişmiştir. Burada fail açısından ancak somut olayın koşullarına göre kaçınılmaz bir yasak hatasına ilişkin Alman Ceza Kanunu'nun 17 nci maddesi uygulanabilir. Bernd Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Verlag von W. Kohlhammer, 2019), 14, kn. 33; Walter Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Springer-Lehrbuch, 2014), 115, kn. 80; Geriye yürüme yasağının daha önce yerleşik bir içtihat değişikliği yapılmasını kapsamayacağı yönünde ayrıca bkz. Urs Kindhäuser und Till Zimmermann, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Nomos Verlagsgesellschaft, 2020), 47, kn. 4.

⁵⁸ Bu nedenle, içtihadı birleştirme kararlarının, normlar hiyerarşisinde kanunlardan üstün olduğu görüşü bile ileri sürülmüştür. Esat Şener'in (Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi Başkanı) konuşması, iç. Baki Kuru, *İctihatların Birleştirilmesi Yolu İle İlgili Bazı Sorunlar* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977), 51.

6. Yargıtay'ın Her İçtihadının Bağlayıcı Olduğu Yönünde Bir Algıya Yol Açması

Bu sorun ile ilgili bir pozitif hukuk düzenlemesi olarak 2802 numaralı Hâkimler Savcılar Kanunu m. 28 ile bilgi verilmesi gerekmektedir. Maddenin ilk hâlinde Yargıtay ve Danıştay dairelerinin yaptıkları temyiz incelemeleri sırasında tek veya toplu olarak karar veren hâkimler ile Cumhuriyet savcılarının hakkında çok iyi, iyi, orta ve zayıf olmak üzere not verecekleri, not verirken göz önünde tutacakları hususlardan birinin de emsal kararların gözetilmesi olduğu belirtilmiştir. Daha sonra bu hüküm 31.03.2011 tarihli ve 6217 numaralı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m. 31 ile ilga edilmiş, 01.07.2016 tarihli ve 6723 numaralı Danıştay Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m. 25 ile yeniden düzenlenmiştir. Maddenin yürürlükteki hâlinde kanun yolu değerlendirme formu düzenlenirken dikkate alınacak hususlar arasında emsal kararların gözetilmesi ibaresine yer verilmemiştir. Maddenin ilk hâli, içtihat kavramının anlamıyla uyumadığı gibi hâkimlerin içtihat yoluyla hukukun gelişimine katkısını da en aza indirecek niteliktedir.⁵⁹ Bununla birlikte, maddenin yürürlükteki hâlinde de kanun yolu değerlendirme formuyla hâkimlerin performansının çok iyi, iyi, orta ve zayıf şeklinde notlandırılması düzenlemesi bulunmaktadır. Hâl böyle olunca gerek içtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcılığı gerek maddenin ilk hâlinden kalma alışkanlıklar ve bunun yanı sıra Türk hukukundaki emsal içtihat uygulaması⁶⁰ gerek maddenin yürürlükteki hâli, hâkimlerin her somut olayda Yargıtay'ın tüm içtihatlarının bağlayıcı olduğunu ve/veya daha esaslı bir sorun olarak bunların mutlaka doğru olduğunu sanmasına,⁶¹ bu şekilde de isabetli olmayan bir algılamaya yol açabilecektir.⁶²

6. Kararın Bağlayıcı Olan Kısmı

1982 Anayasası m. 153/6'daki Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargılama organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağı hükmü kapsamında tartışılan bir husus da kararın bağlayıcı olan kısmıdır. Bu bağlamda kararın gerekçe kısmının da mı bağlayıcı olduğu yoksa yalnızca hüküm fıkrası kısmının mı bağlayıcı olduğu tartışılmaktadır. Öğretide *Özbudun*, Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararının gerekçe kısmında felsefî, sosyolojik, tarihî ve siyasi tahlillerin de yer aldığını belirtmektedir. Bunların da bağlayıcılığının kabul edilmesi, kararların gerçek kişileri de bağlayıcı olması hükmü dolayısıyla fikir hayatını ve bireysel ifade hürriyetini bir cendere içine sokacaktır. Ayrıca başka bir tehlike de gerekçelerin bağlayıcılığı kabul edildiği takdirde bunun Anayasa Mahkemesi'ni pozitif kanun koyucu konumuna getirebilecek olmasıdır. Öz itibarıyla kararların yalnızca hüküm fıkrasının bağlayıcı olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.⁶³

Yargıtay içtihadı birleştirme kararları ise somut bir hukuki uyumsuzlıkla ilgili değildir. İçtihadı birleştirme kararlarının bir hüküm fıkrası kısmı bulunmamaktadır. Bununla birlikte, tıpkı Anayasa Mahkemesi kararları açısından kabul edildiği gibi bu kararların da yalnızca artık bağlayıcı olan (yeni) içtihadın ifade edildiği kısmı bağlayıcıdır.⁶⁴ Aksi bir kabulde gerekçelerin de bağlayıcı olduğunun kabul edilmesi, hâkimlerin içtihatla bulunmasına ve hukukun gelişimine engel olacak, hâkimlerin zihnî faaliyet gerçekleştirmemesine neden olacaktır.

⁵⁹ Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 53.

⁶⁰ Öğretide *Avcı/Aykanat/Ülker*, adli yargılamadaki ilk derece mahkemelerinin Yargıtay'ın, idari yargılamadaki ilk derece mahkemelerinin ise Danıştay'ın kararlarına uyma yönünde bir eğilimleri olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Avcı, Aykanat ve Ülker, *Hukuk Başlangıcı*, 87.

⁶¹ Nitekim öğretide *Centel/Zafer/Çakmut*, maddenin yürürlükteki hâliyle Yargıtay içtihatlarının hâkimler için *fiilen olmasa da* (ancak) hukuken bağlayıcı olma etkisinin sona erdiğini ifade etmektedir. Centel, Zafer ve Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 86, 87.

⁶² Öğretide *Serozan*, bunu hukukçunun sakınacağı mantık yanlışlarından biri olarak zikretmektedir. “*Argumentum ad verecundiam: Tabiyet mantığına kapılma; otoritenin sözünden çıkmama. Örneğin “Yargıtay böyle karar verdiyse doğrudur” sanısına kapılma.*” Rona Serozan, *Hukukta Yöntem – Mantık* (Vedat Kitapçılık, 2017), 28. Öğretide *Özgenç*, bu yönde bir uygulama geliştirilmemesi gerektiğini ifade etmektedir. Özgenç, *Genel Hükümler*, 78.

⁶³ Özbudun, 412, 413; Gedik ve Koç, 163.

⁶⁴ Özgenç, *Genel Hükümler*, 79, 78'deki dn. 217'nin devamı.

SONUÇ

Yargıtay içtihadı birleştirme kararları, Yargıtay Kanunu m. 45/5'teki amir hüküm gereğince benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adli yargılamadaki mahkemeleri bağlayıcıdır. Bu itibarla Yargıtay içtihadı birleştirme kararları, Türk ceza hukukunun bağlayıcı kaynaklarından. Bu kararlarda içtihatla bulunulmakta diğer deyişle karar, hukuk düzeninde içtihat şeklinde görünmektedir. Bununla birlikte, bu kararların alınmasında, kararı almaya yetkili merciler bir dava açma işlemi üzerine hareket etmemektedir. Keza kararların alınmasında çelişmeli muhakeme ve bunun da bir gereği olan delil ikamesi söz konusu olmamaktadır. Bu kararlar, bağlayıcı olduğu için artık bağlayıcılık alanı belirtilen tüm yargılama mercilerinin ilgili uyuşmazlıklarda uygulayabileceği genel, soyut bir kural konuluyormuş gibi alınmaktadır. Öz itibarıyla içtihadı birleştirme kararlarında içtihatla bulunulmakta, ancak bu, maddi açıdan yasama faaliyeti gerçekleştirilerek söz konusu olmaktadır.

İçtihadı birleştirme kararları maddi açıdan düzenleyici işlem olmakla ve bağlayıcı olmakla birlikte, Yargıtay hukuk genel kurulunun, ceza genel kurulunun ve büyük genel kurulun bu neviden kararlar verebilmesine ilişkin yetki anayasada değil, kanunda düzenlenmiştir. Başka bir ifadeyle, bu kurulların söz konusu yetkisi, anayasadan değil, kanundan kaynaklanmaktadır. Hâliyle Yargıtay Kanunu'ndaki ilgili düzenlemeler, 1982 Anayasası m. 6/3'teki hiçbir kimse veya organın kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisini kullanamayacağı hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. Bu kararları alma yetkisinin kanunda düzenlenmiş olması nedeniyle, bunların normlar hiyerarşisindeki yeri de tam belli değildir. Yasama yetkisinin asliliği ve genelliği ilkesi gereğince düzenleyici işlem yapma bakımından asıl yetkili yasama organı olduğu için bu kararlar, normlar hiyerarşisinde kanunun aşağısında yer almaktadır. Nitekim içtihadı birleştirme kararlarında yetki, işaret edildiği üzere kanundan kaynaklanmaktadır. Daha açık ifadeyle bu kararların oluşmasının nedeni ve geçerliliğinin temeli kanundur.⁶⁵

Yargıtay içtihadı birleştirme kararlarının benzer hukuki konulardaki bağlayıcılığı, hukukun uygulanmasında birliği sağlayabilir. Bununla birlikte, hukukun uygulanmasında birlik sağlarken yargılama organının yine yargılamaya karşı bağımsızlığı ihlal edilmekte; hâkimlerin, başka bir gerekçeyle farklı yönde içtihatla bulunması engellenmektedir. Bu durumda, bir içtihadın, diğer bir içtihattan daha kuvvetli olduğu kabul edilmiş olmaktadır. Belirtmelidir ki her içtihat, gerekçeleri doğrultusunda değerlidir ve her içtihadın buna göre kuvveti vardır. Mecelle'nin 16. maddesindeki içtihat ile içtihadın nakzedilemeyeceği hükmüyle de buna işaret edilmiştir. Fazla olarak bu kararlar hâkimlerde, hâkimlerin performansının notlandırılması usulü ve Türk hukukundaki emsal içtihat uygulaması ile birlikte, Yargıtay'ın tüm içtihatlarının bağlayıcı olduğu algısına yol açabilir.

Yargıtay içtihadı birleştirme kararları ile ilgili anayasaya aykırılık sorununun yanı sıra başka sorunlar da bulunmaktadır. Söz gelimi bu kararların düzenlendiği Yargıtay Kanunu'nun ilgili hükümlerinde kararların nasıl denetleneceğini gösteren bir hüküm bulunmamaktadır. Kanunların, temel norm olan anayasaya uygunluğunun denetimi mümkünken, maddi açıdan yasama faaliyeti ile ortaya konan bu kararların denetlenememesi, bir sorun niteliğindedir. Keza bu kararların zaman bakımından uygulanma alanı açısından da sorun bulunmaktadır. Şöyle ki lehe kanun uygulamasının, bu kararlar açısından da söz konusu olabiliş olamayacağı belli değildir. Yargıtay Kanunu'nda bu hususa ilişkin de hüküm bulunmamaktadır. Yürürlükteki düzenlemelere göre bu kararların zaman bakımından uygulanmasında derhâl uygulanma ilkesinin geçerli olduğu, bu bakımdan failin lehine ve aleyhine olduğuna bakılmaksızın uygulanma kabiliyeti olan tüm dosyalarda dikkate alınması gerektiği sonucuna ulaşılması mümkündür.

İçtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcı olması karşısında ele alınması gereken bir başka sorun ise kararın bağlayıcı olan kısmının belirlenmesidir. Bu kararlar, somut bir hukuki uyuşmazlıkla ilgili değildir. Bununla birlikte bağlayıcı olan kısmın, artık bağlayıcı olan yeni içtihadın yani âdeta genel, soyut kural gibi ifade edildiği kısım olduğu söylenmelidir.

⁶⁵ Hans Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı*, çev. Ertuğrul Uzun, (Nora Kitap, 2016), 78, 79; Gözler, *Hukuka Giriş*, 210.

Nihayet içtihadı birleştirme kararlarının hukuku dinamik hâlden durağan hâle getirdiği söylenmelidir.⁶⁶ Hukukun uygulanmasında birliğin; gerekçe aynı zamanda bir öz denetim aracı olduğu⁶⁷ için iyi gerekçe yazan hâkimler tarafından da sağlanması mümkündür.⁶⁸ Bu itibarla içtihadı birleştirme kararları müessesesine ilişkin hükümler yürürlükten kaldırılmalıdır.⁶⁹

⁶⁶ Murat Volkan Dülger, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Seçkin Yayınevi, 2023), 119.

⁶⁷ Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 49, kn. 28.

⁶⁸ Erdal Yerdelen, *Ceza Muhakemesinde Hükümün Gerekçesi* (Adalet Yayınevi, 2015), 156, 158.

⁶⁹ Özgenç, *Genel Hükümler*, 79, 78'deki dn. 217'nin devamı.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Adalet Yayınevi, 2022.
- Akgündüz, Ahmed. Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye: (Mecelle Ta'dilleri ve Gerekçeleriyle Birlikte). Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2013.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya. *Türk İdare Hukuku*. Seçkin Yayınevi, 2023.
- Altundış, Mehmet. "Hukuki Güvenlik İlkesi". *Yasama Dergisi*, no. 10 (2008): 60-94.
- Ansay, Sabri Şakir. *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*. Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 1953.
- Artuk, M. Emin, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Adalet Yayınevi, 2022.
- Avcı, Mustafa, Mehmet Aykanat ve İbrahim Ülker. *Hukuk Başlangıcı ve Metodolojisi*. Adalet Yayınevi, 2023.
- Aydın, M. Âkif. *Türk Hukuk Tarihi*. Beta Yayıncılık, 2022.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Fıkıh Terimleri Ansiklopedisi: -İstılahat-ı Fıkhiyye Kamusu-*. Sadeleştirenler Hayrettin Yücesoy, Mehmet Kılıç, Ramazan Tığ ve Davut Tarı. Gündüz Gazetesi, 1996.
- Birtek, Fatih. *Ceza Hukuku (Genel Hükümler): Temel Bilgiler*. Adalet Yayınevi, 2018.
- Centel, Nur, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut. *Türk Ceza Hukukuna Giriş*. Beta Yayıncılık, 2023.
- Cin, Halil ve Gül Akyılmaz. *Türk Hukuk Tarihi*. Sayram Yayınları, 2020.
- Çıtak, Halim Alperen. *İdare Hukukunun İctihadi Karakteri*. On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Seçkin Yayınevi, 2023.
- Dönmezer, Sulhi ve Sahir Erman. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku: Genel Kısım: Cilt I*. Beta Yayıncılık, 1987.
- Dülger, Murat Volkan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Seçkin Yayınevi, 2023.
- Erdoğan, Mehmet. *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*. Ensar Neşriyat, 2016.
- Erzurumlu Işık, Nurbanu. *Medenî Usûl Hukukunda Yorum-Hukuk Yaratma ve İctihadi Birleştirme Kararları*. On İki Levha Yayıncılık, 2023.
- Esat Şener'in (Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi Başkanı) konuşması. iç. Baki Kuru, İctihatların Birleştirilmesi Yolu İle İlgili Bazı Sorunlar. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977.
- Gedik, Fırat ve Emel Koç. "Hüküm Kurma ve İctihat". *Ankara Barosu Dergisi* 67, no. 2 (2009): 157-163.
- Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Esasları: Ders Kitabı*. Ekin Yayınevi, 2021.
- Gözler, Kemal. *Hukuka Giriş*. Ekin Yayınevi, 2023.
- Gür, A. Refik. *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle: Hukuk Sosyolojisi ve Felsefesi Üzerine Bir Kalem Denemesi*. Sebil Yayınevi, 1993.
- Gropp, Walter. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Springer-Lehrbuch, 2014.
- Hakeri, Hakan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Adalet Yayınevi, 2021.
- Heinrich, Bernd. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Verlag von W. Kohlhammer, 2019.
- Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi. *Dürer'ül Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm 1. cilt*. Çeviren Raşit Gündoğdu ve Osman Erdem. Gün Neşriyat.
- Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi. *Dürer'ül Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm 4. cilt*. Çeviren Raşit Gündoğdu ve Osman Erdem. Gün Neşriyat.
- İnan, Atilla. "Sayıştay'da İctihatları Birleştirme". *Amme İdaresi Dergisi* 29, no. 4 (1996): 73-87.
- Karakehya, Hakan. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Nisan Kitabevi, 2022.
- Karaman, Hayreddin. *İslâm Hukukunda İctihad*. Ensar Neşriyat, 2015.
- Kayhan, Fahrettin. "Özel Hukuk Uygulamasında Yargı İctihatlarının ve İctihadi Birleştirme Kararlarının Normatif Gücü". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 2 (1999): 341-363.
- Kelsen, Hans. *Saf Hukuk Kuramı*. Çeviren Ertuğrul Uzun. Nora Kitap, 2016.

- Kindhäuser, Urs und Till Zimmermann. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Nomos Verlagsgesellschaft, 2020.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmüş. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Seçkin Yayınevi, 2023.
- Kunter, Nurullah. Muhakeme Hukuku Dalı Olarak: Ceza Muhakemesi Hukuku. Beta Yayıncılık, 1989.
- Kuru, Baki. *İçtihatların Birleştirilmesi Yolu ile İlgili Bazı Sorunlar*. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977.
- Muhammed Ebû Zehra. *İslam Hukuku Metodolojisi: Fıkıh Usûlü*. FCR Yayınları, 2014.
- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. Yetkin Yayınları, 2020.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Seçkin Yayınevi, 2023.
- Öztürk, Bahri ve Mustafa Ruhan Erdem. *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*. Seçkin Yayınevi, 2023.
- Salihpaşaoğlu, Yaşar. *Hukuka Giriş*. Adalet Yayınevi, 2023.
- Serozan, Rona. *Hukukta Yöntem - Mantık*. Vedat Kitapçılık, 2017.
- Şemseddin Sami. *Kâmûs-ı Türkî (Latin Harfleriyle)*. Hazırlayan Raşit Gündoğdu, Niyazi Adıgüzel ve Ebul Faruk Önal. İdeal Kültür Yayıncılık, 2011.
- Tanör, Bülent ve Necmi Yüzbaşıoğlu. *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*. Beta Yayıncılık, 2020.
- Taş, Burak. “Ceza Hukuku Bağlamında Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararları ve İlgili Sorunlar”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 174 (2024): 1-38.
- Tosun, Öztekin. “Ceza Hukukunun Gerçek Kaynakları”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 28, no. 3-4 (1962): 620-632.
- Türk Hukuk Kurumu. *Türk Hukuk Lûgatı*. Başbakanlık Basımevi, 1991.
- Uysal, Zeki. “Geçmişten Günümüze Danıştay İçtihatları Birleştirme Sistemi”. *Danıştay Dergisi*, no. 155 (2023): 129-168.
- Yarsuvat, Duygun. “Yürütme Organının Koyduğu Kaidelerle Suç İhdası ve 1961 Anayasası”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 29, no. 3 (1963): 540-559.
- Yar. HGK, E. 4/71, K. 21, 20.02.1963, iç. Adalet Dergisi 54, no. 5-8 (Mayıs-Haziran 1963) : 776.
- Yerdelen, Erdal. *Ceza Muhakemesinde Hükümün Gerekçesi*. Adalet Yayınevi, 2015.
- Yıldız Akgül, Şerife. “İçtihadı Birleştirme Kurumu ve İptal Kararı Üzerine Fiili Çalışmaya Bağlı Döner Sermaye Ek Ödemelerinin Davacıya Ödenmesi Gerektiğine İlişkin Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 2013/2 Esas ve 2018/2 Sayılı Kararı Üzerine Değerlendirme”. *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 1 (2020): 45-76.
- Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.
- Lexpera Veritabanı.
- <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1969-34>



e-ISSN: 2667-6117

Yıl / Year: 2025

Cilt / Volume: 7

Sayı / No: 1

Eserin Türü /

Manuscript Type

Araştırma Makalesi

/ Research Article

DOI:

10.47136/asbuhfd.

1511528



AFRİKA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHATLARINDA HAKLARIN KORUNMASINA YÖNELİK YAKLAŞIMLAR: ZORLUKLAR VE FIRSATLAR

Approaches to the Protection of Rights in the Jurisprudences of the African Court on Human Rights: Challenges and Opportunities

Amare T. CHEKOL*

Öz

Bu makale, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi tarafından Afrika Şartı'ndaki eksiklikleri gidermek ve Afrika genelinde insan haklarının korunmasını geliştirmek için kullanılan yaklaşımları incelemektedir. Afrika Mahkemesi, çekişmeli yargı alanında 342 davayı ele aldı ve kuruluşundan bu yana 223'ü hakkında nihai kararlar verdi. Bu makale, Afrika Mahkemesi'nin çekişmeli yargı yetkisinde benimsediği yaklaşımları analiz etmeyi, Mahkeme'nin karşılaştığı zorlukları ve fırsatları belirlemeyi ve Afrika insan hakları sistemini geliştirmenin yollarını önermeyi amaçlamaktadır. Makale, Mahkeme'nin hem uygulanabilir hukukları seçerken hem de Afrika Şartı'nda tanınan hakların normatif içeriğini belirlerken insan haklarını korumak için kullandığı çeşitli yaklaşımlarına odaklanmaktadır. Bu nedenle makalenin kapsamı, içtihatlarını analiz etmekle sınırlıdır. Makale, nitel araştırma metodolojisini kullanmakta, belge ve içtihat analizi yoluyla veri toplamaktadır. Afrika Mahkemesi tarafından içtihatlarında kullanılan çeşitli yaklaşımları vurgulamaktadır. Yaklaşımlar, boşlukları ve ortaya çıkan zorlukları ele alarak Mahkeme'nin insan haklarını koruma yeteneğini geliştirirken, aynı zamanda potansiyel yasal belirsizlikler ve üye devletlerden gelen direnişleri de beraberinde getirmektedir. Makale, bu zorlukların üstesinden gelmek ve Afrika'da insan haklarının korunmasına yönelik çerçeveyi güçlendirmek için potansiyel stratejiler sunmaktadır.

Abstract

This article investigates the approaches utilized by the African Court on Human and Peoples' Rights to address deficiencies within the African Charter and enhance human rights protection in Africa. Since its inception, the African Court has handled 342 cases in its contentious jurisdiction and provided final decisions on 223 of them. This article aims to analyze the approaches adopted by the African Court in its contentious jurisdiction, identifying the challenges and opportunities the Court faces and suggesting ways to enhance the African human rights system. The focus is on the Court's approach in selecting applicable laws and determining the normative content of rights recognized in the African Charter. The scope of the article is thus restricted to analyzing its jurisprudences. The article employs qualitative research methodology, gathering data through document and case-law analysis. It highlights various approaches used by the African Court in its jurisprudence. The approaches enhance the Court's ability to protect human rights by addressing gaps and emerging challenges but also introduce potential legal uncertainties and resistance from member states. The article presents potential strategies to overcome these challenges and strengthen the framework for human rights protection in Africa.

Makale Gönderim Tarihi / Received: 06.07.2024

Makale Kabul Tarihi / Accepted: 01.05.2025

Hakem Değerlendirmesi / Peer Review: Çift kör hakem. Double peer-reviewed.

Anahtar Kelimeler / Keywords:

Afrika mahkemesi, Afrika mahkemesinin yaklaşımları, Afrika şartı, Afrika'da insan haklarının korunması, İnsan hakları ihlalleri

African court, Approaches of the African court, African charter, Protection of human rights in Africa, Human rights violations

Atıf / Citation:

T Chekol, Amare. "Afrika İnsan Hakları Mahkemesi İchtihatlarında Hakların Korunmasına Yönelik Yaklaşımlar: Zorluklar Ve Fırsatlar." *ASBU Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 1 (2025) 59-91.

Yazar Bilgileri / Authors Information:

*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Programı Öğrencisi, amare.chekol@hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8374-0191.

Teşekkür / Acknowledgments: Bulunmamaktadır

Finansal Destek / Financial Support: Finansal destek alınmamıştır.

Çıkar Çatışması / Conflict of Interest: Çıkar çatışması bulunmamaktadır.

Etik Kurul Onayı / Ethics Committee Approval: Çalışma için etik kurul onayı gerekmemektedir.

Yapay Zeka Araçlarının Kullanımı / Use of Artificial Intelligence: Yapay zeka araçlarından yararlanılmamıştır.

Extended Summary

The African Charter on Human and Peoples Rights (African Charter), which was adopted in 1981, is the foundational normative instrument for the protection of human rights in Africa. There are several features that make it distinct from other regional human rights instruments, including the incorporation of “peoples’ rights”, the placing of all generation of rights in a single document without making any distinction in their enforcement, the explicit inclusion of individual duties, the presence of claw-back clauses, and absence of derogation clause. Despite its holistic approach, the normative provisions of the African Charter are mostly inadequate both in terms the scope of the rights included and the way the rights are described. For example, the list of economic, social and cultural rights, which only include the right to work, health, property, education and family rights, is quite limited. As these rights are not exhaustively listed, there are therefore normative gaps. The widespread inclusion of claw-back clauses is also another problem impacting the normative contents of the rights included in the African Charter. This article therefore examines the approaches adopted by the African Court on Human and Peoples’ Rights (the African Court), which was established to complement the protective mandate of the African Commission on Human and Peoples’ Rights (the African Commission), to address these gaps. In this context, the African Court's approaches to determining the applicable laws and the normative content of the rights enshrined in the African Charter have been discussed.

Regarding the applicable laws, the African Court adopts a broad and flexible approach. For example, in certain cases, the African Court has adopted the approach that the African Charter should take precedence over other international instruments, considering their provisions only when deemed necessary. This approach was followed in cases such as *Mtikila v. Tanzania* and *Norbert Zongo and others v. Burkina Faso*. In others, such as in *Umuhoza v. Rwanda*, *Konate v. Burkina Faso*, *APDF and IHRDA v. Mali*, and *Abubakari v. Tanzania* cases, the African Court applied not only the African Charter but also other human rights treaties that the State in question had ratified. In a number of cases the African Court used other treaties to interpret the provisions of the African Charter. This was the situation in the *Nganyi and 9 others v. Tanzania*, *Jonas v. Tanzania*, and *African Commission v. Libya* cases. There have also been instances where the African Court relied solely on other human rights treaties, rather than the African Charter, to resolve cases. This was the case in the *Anudo v. Tanzania* judgment concerning the right to nationality, a right not explicitly recognized in the African Charter. This flexible approach by the Court enables it to harmonize regional human rights standards with international norms, effectively respond to emerging issues and contribute to the overall advancement of human rights in Africa.

In determining the normative contents of rights, the African Court also employed a variety of approaches, including the implied rights theory approach, the effective rule approach, the teleological approach, cross-referencing approach, cross-fertilization approach, and a victim-centered approach. The implied rights theory approach, which was applied in cases such as *Henerico v. Tanzania*, *Thomas v. Tanzania*, *Nganyi and 9 Others v. Tanzania*, and *Penessis v. Tanzania*, allows the African Court to provide protection for rights that are not explicitly recognized in the African Charter such as the right to an interpreter, the right to free legal aid and the right to nationality. The effective rule approach, which aims to give a treaty meaningful effect, was employed by the African Court in cases such as *Umuhoza v. Rwanda* and *Cheusi v. Tanzania*, where the Court ruled on the effect of withdrawing a declaration made under Article 34(6) of the African Court Protocol. The teleological approach, which allows for the interpretation of a treaty clause beyond its ordinary meaning so long as it aligns with the object and purpose of the concerned treaty, is another approach employed by the African Court in its jurisprudence. This was the situation, for example, in the *APDH v Côte d'Ivoire* and *African Commission v. Libyan* cases, where the Court applied the approach to determine jurisdiction and issue provisional measures. The other approaches frequently used by the African Court are the cross-referencing and cross-fertilization approaches. While the former approach allows the African Court to make reference to applicable principles and laws to determine the normative content of the rights included in the African Charter, the latter permits the Court to draw inspiration from the jurisprudence of other treaty bodies in making decisions. Accordingly, these approaches were used by the African Court in several cases, including *Umuhoza v. Rwanda*, *African Commission v. Kenya*, *Konate v. Burkina Faso*, and *Anudo v. Tanzania*. The final approach addressed in this article is the victim-centered approach. Employed by the

African Court in several cases, such as *Armand Guehi v. Tanzania*, *Thomas v. Tanzania*, *Zongo and others v. Burkina Faso* cases, and *Jonas v. Tanzania*, this approach advocates for the interpretation of a treaty in favor of victims. While these approaches could enable the African Court to fill gaps in the African Charter, respond to emerging human rights issues, and contribute to the progressive advancement of human rights standards in Africa, they could also create legal uncertainty, unpredictability, and judicial overreach.

Despite these extensive efforts, several factors, both legal and practical, are hindering the Africa Court's effectiveness in progressively advancing human rights in Africa. The first is the limited number of ratifications of the African Court Protocol by African Union member states, which restricts the Court's personal jurisdiction. The limited accessibility of the Court's jurisdiction to individuals and non-governmental organizations, due to the requirement of special declaration, is another problem affecting the African Court's effectiveness. The emerging trend of states withdrawing their special declaration accepting the Court's jurisdiction further worsens this limited accessibility problem. Other significant obstacles facing the African Court and hindering its ability to advance human rights in Africa include the low level of state adherence to its decisions, the African Commission's failure to fully utilize its unrestricted access to the Court's jurisdiction, its part-time working arrangement, and the absence of an independent body responsible for enforcing its decisions.

To enhance the African Court's effectiveness, it is therefore crucial to address these challenges. For instance, encouraging the widespread ratification of the African Court Protocol, encouraging states to make the required special declarations, and discouraging the withdrawal of such declarations are essential steps. Removing the special declaration requirement for activating the Court's jurisdiction, establishing a full-time working arrangement for the African Court, and creating an independent mechanism to ensure the effective implementation of the African Court's decisions are other essential measures. It is also essential for the African Commission to actively use its broad right of access to the African Court's jurisdiction, as this will give the Court further opportunities to develop its human rights jurisprudence. Finally, to support the African Court's effort in addressing the gaps in the African Charter, it is necessary to make the African Charter a living document by continually amending it or adopting supplementary protocols to establish a solid legal foundation for emerging and implied rights. By implementing these measures, it is possible to make the African Court a more effective protector of human rights in Africa.

GİRİŞ

Afrika'da insan haklarının korunmasına yönelik başlıca bölgesel araç olan Afrika Şartı'nın denetim organlarından biri olarak kurulan Afrika Mahkemesi, Afrika Komisyonu'nun koruyucu görevini tamamlamak ve güçlendirmek için kurulmuştur. Afrika Şartı, medeni ve siyasi hakları, ekonomik, sosyal ve kültürel hakları ve halkların haklarını içermesine rağmen, bu kategorilerdeki uluslararası kabul görmüş birçok hakkı ihmal eder veya tam olarak tanımaz. Örneğin, özel hayatın gizliliği hakkı, vatandaşlık hakkı, zorla çalıştırmama özgürlüğü, sendika kurma hakkı, barınma hakkı, beslenme hakkı, su hakkı, sosyal güvenlik hakkı ve yeterli bir yaşam standardına sahip olma hakkı gibi haklar için açık hükümlerden yoksundur.¹ Dolayısıyla bu çalışma, Afrika Mahkemesi'nin içtihatları aracılığıyla bu ihmalleri nasıl ele aldığını araştırmaktadır.

Bu çalışma, özellikle Afrika Mahkemesi'nin (kısaca "Mahkeme" olarak anılacaktır) kıta genelinde insan haklarının teşvik edilmesi ve ilerletilmesindeki önemli rolünü incelemektedir. Afrika Birliği (AfB)'nin insan hakları mimarisinin temel direklerinden biri olan Afrika Mahkemesi, hakları ihlal edilenler için yasal yollara başvurma imkânı sunarak ve adaleti sağlayarak birçok kişi için bir umut ışığı olarak hizmet vermektedir. Bu çalışma aynı zamanda, tatmin, iade, rehabilitasyon, tekrarlanmama garantileri ve tazminat dahil olmak üzere Mahkeme önünde mevcut olan çözüm yolları de detaylandırmaktadır. Ayrıca, Mahkeme'nin hem uygulanabilir hukukları seçerken hem de Afrika Şartı'nda tanınan hakların normatif içeriğini belirlerken insan haklarını korumak için kullandığı çeşitli

¹ Moussa Samb, "Fundamental Issues and Practical Challenges of Human Rights in the Context of the African Union," *Annual Survey of International and Comparative Law* 15, no. 1 (2009): 64. <http://digitalcommons.law.ggu.edu/annlsurvey/vol15/iss1/5>.

yaklaşımları araştırmaktadır. Hakların normatif içeriği ile ilgili olarak, bu çalışma, Afrika Mahkemesi'nin zımni haklar teorisi, etkili kural yaklaşımı, teleolojik yaklaşım, çapraz referanslama yaklaşımı, çapraz aşılama yaklaşımı ve mağdur merkezli yaklaşım gibi yaklaşımlarının derinlemesine bir analizini sunmaktadır. Her yaklaşım, Mahkeme'nin gelişen içtihadını ve dinamik bir insan hakları anlayışına olan bağlılığını yansıtmaktadır. Afrika Mahkemesi'nin kararlarının uygulanmasını sağlamadaki rolü ve devletlerin uyumunu izlemek ve uygulamak için yürürlükte olan mekanizmalar hakkında bir tartışma da bu çalışmada ele alınmaktadır. Afrika Mahkemesi'nin etkinliğini artıracak veya kısıtlayacak çeşitli faktörlerin bir değerlendirmesi de bu çalışmada tartışılmaktadır.

I. AFRIKA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN ROLÜ VE YAKLAŞIMLARI

A. Afrika İnsan Hakları Mahkemesi'nin İnsan Haklarını Geliştirmedeki Rolü

Afrika devletlerinde insan haklarının Batı devletlerinde olduğu kadar önem kazanmadığı doğrudur.² Ayrıca, tüm Afrika devletlerinin Afrika Şartı'nı onayladığı ve diğer bazı insan hakları belgelerine yaygın destek sağladığı da tartışılmaz. Hathaway'ın haklı olarak belirttiği gibi, bir insan hakları antlaşması imzalamak, onun onaylanacağını garanti etmez. Aslında, daha az demokratik kurumlara sahip devletler, insan hakları söz konusu olduğunda kasvetli bir sicile sahip olmalarına rağmen antlaşmalar imzalamaya devam etmektedir.³

Afrika Mahkemesi, Afrika Komisyonu'ndaki ve dolayısıyla Afrika insan hakları sistemindeki çeşitli eksiklikleri gidermek için kurulmuştur. Afrika Mahkemesi'nin temel işlevi koruyucudur ve Afrika Komisyonu'nun koruyucu yetkisini tamamlamayı ve güçlendirmeyi amaçlamaktadır. Afrika Komisyonu bir mahkeme değildir; daha ziyade, yasal olarak bağlayıcı olmayan tavsiyelerde bulunan bir denetim organıdır. Bulguları, Birleşmiş Milletler (BM) İnsan Hakları Komitesi'nin görüşlerine benzer ikna edici bir otoriteye sahiptir.⁴ Bu husus, Afrika Komisyonu'nun, diğerlerinin yanı sıra, Afrika Şartı'na taraf herhangi bir devlet tarafından insan hakları ihlallerini iddia eden başvuruları alma ve değerlendirme yetkisine sahip olmasına rağmen geçerlidir. Sonuç olarak, Afrika'da insan haklarının teşviki ve korunmasını ilerletme olasılığı, Afrika Komisyonu'nun koruyucu rolünü tamamlamak için açık yetkiye sahip bir Afrika Mahkemesinin kurulmasıyla artırılmıştır.⁵ Viljoen'in haklı olarak belirttiği gibi, Mahkeme, yargısal (ve dolayısıyla kesin olarak bağlayıcı) kararlar alma olasılığını sağlayarak, Afrika Komisyonu'nun yarı-yargısal yetkisine önemli bir boyut katmaktadır.⁶ Bu nedenle mahkeme, bağlayıcı kararlar vererek, kıta genelinde insan hakları standartlarının uygulanmasına katkıda bulunmaktadır.

Ayrıca, Afrika Komisyonu, Afrika Mahkemesi Protokolü'nün 5(1) maddesi uyarınca Afrika Mahkemesi'ne dava sunmaya yetkili organlardan biridir. Bu Afrika Komisyonu'na, bir devletin bulgularına uymadığı bir davayı havale etme şansı verir. Başka bir deyişle, Afrika Komisyonu, kararlarının ilgili devlet tarafından uygulanmamasıyla başa çıkmak için Mahkeme'yi kullanma fırsatına sahip olacaktır. Böylece Afrika Mahkemesi, Komisyon'un tavsiye niteliğindeki bulgularını yasal olarak bağlayıcı kararlara dönüştürme ve kıtada insan haklarının etkin bir şekilde korunmasına katkıda bulunma şansına sahip olacaktır. Aslında, 2020 Afrika Komisyonu'nun Usul Kuralları, davaların Afrika Mahkemesine havale edilmesi için çok daha dar bir yaklaşım benimsemiştir. Afrika Komisyonu'nun

² Jan Eckel, "The Rebirth of Politics from the Spirit of Morality: Explaining the Human Rights Revolution of the 1970s", iç. *The Breakthrough: Human Rights in the 1970s*, ed. Jan Eckel ve Samuel Moyn, (University of Pennsylvania Press, 2013), 238.

³ Oona A. Hathaway, "Why Do Countries Commit to Human Rights Treaties?," *The Journal of Conflict Resolution* 51, no. 4 (2007): 571. <https://doi.org/10.1177/0022002707303046>.

⁴ Rachel Murray, "Decisions by the African Commission on Individual Communications under the African Charter on Human and Peoples' Rights," *The International and Comparative Law Quarterly* 46, no. 2 (1997): 428. <https://doi.org/10.1017/S0020589300060498>.

⁵ Malcolm Evans and Rachel Murray, eds., *The African Charter on Human and Peoples Rights: The System in Practice 1986-2006*, 2nd edition (Cambridge University Press, 2008), 41.

⁶ Frans Viljoen, "Understanding and Overcoming Challenges in Accessing the African Court on Human and Peoples' Rights," *International and Comparative Law Quarterly* 67, (2018): 64. <https://doi.org/10.1017/S0020589317000513>.

2010 Usul Kuralları uyarınca bir davayı havale etmek için kullanabileceği dört senaryoyu içermiyordu. Bu nedenle, Afrika Komisyonu'nun hangi özel koşullar altında bir davayı Afrika Mahkemesine havale edeceği belirsizdir. Usul Kuralları, Afrika Komisyonu'nun, kabul edilebilirlik kararını vermeden önceki herhangi bir aşamada, davalı devletin Mahkeme Protokolünü onaylamış olması koşuluyla, ele aldığı başvuruyu Afrika Mahkemesine havale edebileceğini yinelemektedir.⁷

Keza, Mahkeme'ye, ilgili devletler tarafından onaylanan diğer ilgili insan hakları belgeleri hakkında bağlayıcı kararlar vermesi için verilen genişletilmiş yetki, Mahkeme'nin kıtadaki insan haklarını koruma rolünü daha da artırmasını sağlayacaktır. Afrika Mahkemesi'nin bu yetkisi, çeşitli insan hakları antlaşmaları kapsamında antlaşma denetim organlarına verilenin çok ötesindedir, çünkü bu organların bağlayıcı kararlar alma yetkisi yoktur. Bu nedenle, Mahkeme, ilgili insan hakları belgelerinde yer alan hakların yorumlanması ve uygulanması konusunda Afrika Komisyonu da dahil olmak üzere antlaşma denetim organlarından potansiyel olarak daha büyük bir etkiye sahiptir.⁸ Bu durum, Mahkeme'nin Afrika Şartı'nda özel olarak belirtilmeyen haklar için, bu hakların ilgili devletler tarafından onaylanan başka bir ilgili insan hakları antlaşmasında bulunması durumunda koruma sağlayabileceği ihtimaliyle daha da güçlendirilmektedir.

Dahası, Heyns ve Viljoen'in doğru bir şekilde belirttiği gibi, insan hakları antlaşması denetim mekanizmalarının etkinliği çoğunlukla uygun denetim organının kararlarının ve bulgularının ulusal hukuk sistemleri üzerindeki etkisine bağlıdır. Bu büyük ölçüde antlaşma denetim organının kararlarının niteliğine bağlıdır. Antlaşma denetim organlarının kararlarının devletler için yasal olarak bağlayıcı olmadığına dair genel bir algı vardır.⁹ Ancak, Afrika Mahkemesi gibi bazı antlaşma denetim organları yargı yetkisine sahip olduğundan ve bulguları ve gözlemleri resmi olarak bağlayıcı olmayan Afrika Komisyonu'nun aksine bağlayıcı kararlar verdiğinden, durum her zaman böyle değildir. Bu tür kararlar, taraf devletlerin ulusal düzeyde insan haklarını geliştirme ve yasal veya kurumsal reformlara ilham verme çabalarını destekleyecektir. Aynı zamanda, ulusal yasaları yorumlamalarına yardımcı olarak ulusal mahkemeleri de etkileyebilir.

Afrika Mahkemesi'nin, Afrika Şartı'nın ve diğer ilgili onaylanmış insan hakları belgelerinin tek tip uygulanması için standartlar belirlemedeki rolü göz ardı edilmemelidir. Normalde, Afrika Mahkemesi Protokolü'nün 30. maddesinde yer alan "...taraf oldukları her davada hükme uymayı taahhüt ederler..." hükmünden de anlaşılacağı üzere, Afrika Mahkemesi'nin kararı sadece taraflar için bağlayıcıdır. Bununla birlikte, Enabulele'nin doğru bir şekilde belirttiği gibi, bir mahkemenin kararının davanın tarafları için bağlayıcı olmasının, davanın tarafı olmayanlar için hiçbir etkisi olmadığı anlamına gelmediğini belirtmek önemlidir. Bu durum, özellikle mahkemenin hem tarafları hem de davaya taraf olmayanları bağlayan bir belge altında kurulduğu durumlarda geçerlidir. Uluslararası mahkemelerin içtihadı sadece doğrudan davalı devleti bağlasa da bir davadaki asıl kararın ötesine geçen belirli bir bulaşıcı niteliğe sahiptir. Bu, kararlarda benimsenen yorumların mahkeme rejimi içinde yorumlanan belgeye içselleştirilmesi ve/veya nihayetinde (kademeli olarak da olsa) içtihadının mahkeme rejimi ve yorumlanan araç dışında uluslararasılaştırılması yoluyla başarılabilir.¹⁰

Afrika Mahkemesi, ulusal mekanizmaların insan hakları ihlallerini ele alamadığı durumlarda mağdurlar için bir güvenlik ağı rolü oynamaktadır. Afrika Mahkemesi'nin bireyler ve STK'lar için erişilebilirliğinin kısıtlı olmasına rağmen, mahkemenin yargı yetkisine sahip olduğu ve ulusal düzeyde hukuk yolu bulamayan devletlerden gelen şikayetçiler için önemli bir başvuru yoludur. Başka bir deyişle, Afrika Mahkemesi, insan hakları ihlallerinin mağdurlarına, söz konusu bir devletin insan hakları

⁷ Rules of Procedure of African Commission, 2020, Kural 130(1).

⁸ Yakaré-Oulé (Nani) J Reventlow ve Rosa Curling, "The Unique Jurisdiction of the African Court on Human and People's Rights: Protection of Human Rights Beyond the African Charter," *Emory International Law Review* 33, no. 2 (2019): 207-208. <https://scholarlycommons.law.emory.edu/eilr/vol33/iss2/1>.

⁹ Rosanne van Alebeek ve Andre Nollkaemper, "The Legal Status of Decisions by Human Rights Treaty Bodies in National Law," iç. *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy*, eds. Helen Keller ve Gier Ulfstein (New York: Cambridge University Press, 2012), 372-373. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139047593>.

¹⁰ Amos O, Enabulele, "Incompatibility of national law with the African Charter on Human and Peoples' Rights: Does the African Court on Human and Peoples' Rights have the final say?," *African Human Rights Law Journal* 16, no. 1 (2016): 10. <http://dx.doi.org/10.17159/1996-2096/2016/v16n1a1>.

ihlallerinin mağdurları için uygun iç hukuk yollarını sağlayamadığı veya sağlamak istemediği durumlarda tazminat talep etmeleri için ek yol sağlayarak ulusal hukuk sistemlerini destekleyecektir. Bunu yaparak, Afrika Mahkemesi mağdurlara adalet sağlayabilecek ve gelecekteki ihlalleri caydırabilecektir. Bu da kıtadaki insan haklarının korunmasını güçlendirir ve hesap verebilirliği teşvik edebilecektir.

B. Afrika İnsan Hakları Mahkemesi'nin İnsan Haklarının Korunmasına Yönelik Yaklaşımları

1. Mahkemenin Uygulanacak Hukuka Yaklaşımı

Afrika Mahkemesi konu bakımından geniş yetkiye sahiptir. Afrika Mahkeme Protokolü'nün 3(1) maddesinde belirtildiği gibi, Mahkeme, Afrika Şartı'nın yanı sıra ilgili devlet tarafından onaylanan diğer insan hakları antlaşmalarının yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin tüm davalar ve anlaşmazlıklar üzerinde yargı yetkisine sahiptir. Aynı Protokol'ün, Afrika Şartı'na ek olarak, Mahkeme'nin devlet tarafından onaylanan herhangi bir ilgili insan hakları belgesini hukuk kaynağı olarak kullanabileceğini belirten 7. maddesinden de benzer bir yorum çıkarılabilir. Bu da Mahkeme'nin sadece Afrika Şartı üzerinde değil, aynı zamanda diğer insan hakları belgeleri üzerinde de yargı yetkisine sahip olmasını sağlamaktadır. Bu durum, Afrika Mahkemesi tarafından kendisine getirilen birkaç davada gösterilmiştir. Örneğin, *Peter Joseph Chacha/The United Republic of Tanzania davasında*, Mahkeme, ihlal edildiği iddia edilen haklar Afrika Şartı veya ilgili devlet tarafından onaylanan diğer herhangi bir insan hakları belgesi tarafından korunduğu sürece, Mahkeme'nin bu konuda yargı yetkisine sahip olacağını belirtmiştir.¹¹ Mahkeme, *African Commission on Human and Peoples' Rights/Republic of Kenya davasında* da aynı şeyi yinelemiştir.¹²

Ancak bu husus, Afrika Mahkemesinin konu bakımından yetkisi üzerinde herhangi bir kısıtlama olmadığı anlamına gelmez. En az iki ana kısıtlama vardır: birincisi, ilgili antlaşmanın ilgili devlet tarafından onaylanması gerekir. İkincisi, ilgili antlaşmanın insan hakları belgesi olması gerekir. "Onaylanmış" teriminin kullanılması, atıfta bulunulan belgelerin yalnızca beyanlar veya diğer bağlayıcı olmayan yasal metinler veya belgeler değil, antlaşmalar olması gerektiğini ima edilmektedir.¹³ Bu husus, Mahkeme tarafından *Actions Pour la Protection des Droits de l'Homme/Côte d'Ivoire davasında* onaylanmıştır. Bu davada Mahkeme, "davalı devletin Afrika Demokrasi, Seçimler ve Yönetişim Şartı ile Çatışma Önleme, Yönetim, Çözüm, Barışı Koruma ve Güvenlik Mekanizmasına İlişkin Protokol'e Ek olarak Batı Afrika Devletleri Ekonomik Topluluğu Demokrasi ve İyi Yönetişim Protokolü'ne taraf olmasına rağmen, bu iki belgenin Afrika Mahkeme Protokolü'nün 3. maddesi anlamında insan hakları belgeleri olup olmadığını kendisinin tatmin etmesi gerektiğini" belirtmiştir.¹⁴ Kısıtlamalara rağmen, Afrika Mahkemesi yine de Afrika Komisyonu ve diğer iki bölgesel insan hakları mahkemesi olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nden çok daha geniş bir konu bakımından yetkisine sahiptir. Bu son iki mahkemenin yargı yetkileri, sırasıyla Avrupa İnsan

¹¹ African Court on Human and Peoples' Rights, *Peter Joseph Chacha v. The United Republic of Tanzania*, Başvuru No. 003/2012, Ruling, Mart 28, 2014, para. 114.

¹² African Court on Human and Peoples' Rights, *African Commission on Human and Peoples' Rights/Republic of Kenya*, Başvuru No. 006/2012, Judgment, Mayıs 26, 2017, para. 51. Bu konuda ayrıca bkz. African Court on Human and Peoples' Rights, *Alex Thomas v. United Republic of Tanzania*, Başvuru No. 005/2013, Judgment, Kasım 20, 2015, para. 45; ve African Court on Human and Peoples' Rights, *Mohamed Abubakari v. United Republic of Tanzania*, Başvuru No. 007/2013, Judgment, Haziran 3, 2016, para. 28.

¹³ Viljoen, Frans, "A Human Rights Court for Africa, and Africans," *Brooklyn Journal of International Law* 30, no. 1 (2004): 44. <https://brooklynworks.brooklaw.edu/bjil/vol30/iss1/1>.

¹⁴ African Court on Human and Peoples' Rights, *Actions Pour la Protection des Droits de l'Homme v. Côte d'Ivoire*, Başvuru No. 001/2014, Judgment, Kasım 18, 2016, para. 48-49.

Hakları Sözleşmesi ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin konularla sınırlıdır.¹⁵

Afrika Mahkemesine bu kadar geniş bir konu bakımından yetkisinin verilmesi, bazı bilim adamları tarafından sorunlu olarak kabul edilir çünkü bunun forum alışverişini teşvik edeceğine ve farklı antlaşma denetim organları arasında çelişkili içtihatlar yol açacağına inanırlar.¹⁶ Ayrıca, Afrika Mahkemesinin çalışmalarını, belirli ve açık bir konu yargı yetkisine sahip olan antlaşma denetim organlarından daha karmaşık ve daha az öngörülebilir hale getirebilir. Heyns'in önerdiği gibi, bu geniş konu bakımından yetkisi, Protokol'ün ve diğer insan hakları antlaşmalarının onaylanması üzerinde de olumsuz bir etkiye sahip olacaktır.¹⁷ Bunun nedeni, örneğin, bireylerin normalde bireysel başvuruların sunulmasını yasaklayan insan hakları antlaşmalarına dayanarak dava açmalarına izin vereceği için geçerlidir.

Geniş yargı yetkisine rağmen, Mahkeme'nin bu tür konu bakımından yetkisinin kullanılmasındaki yaklaşımı tam anlamıyla tutarlı değildir. Bu durum, Mahkeme tarafından karara bağlanan çeşitli davalardan açıkça görülmektedir. Örneğin, *Christopher Mtikila/The United Republic of Tanzania* davasında, başvuranlar, Tanzania Anayasası'nın seçimlere katılmak için gereken niteliklere ilişkin değişikliklerinin yasallığını sorgulamışlardır. Değişiklikler, cumhurbaşkanlığı, parlamento ve yerel seçimler için tüm adayların bir siyasi parti tarafından desteklenmesini veya bir siyasi partinin üyesi olmasını şart koşarak bağımsız adayların seçimlere katılmasını imkânsız hale getirmiştir. Bu nedenle başvuranlar, bunun kendi ülkesinin hükûmetine özgürce katılma ve hem Afrika Şartı hem de MSHUS uyarınca kanun önünde eşitlik haklarını ihlal ettiğini iddia etmişlerdir.¹⁸ Afrika Mahkemesi, Afrika Şartı'nın ilgili hükümleri uyarınca iddia edilen ihlalleri değerlendirdikten sonra, diğer antlaşmaların uygulanmasını dikkate almayı gerekli görmemektedir.¹⁹ Mahkeme, bir kimsenin davasının yetkili ulusal mahkemeler tarafından görülme hakkının ihlal edildiği iddiasını değerlendirirken Zongo davasında da benzer bir tutum sergilemiştir. Mahkeme'nin bu davadaki kararı, Afrika Şartı'nın taraflarca ileri sürülen diğer uluslararası belgelere göre öncelikli olması gerektiğini ve içeriklerinin yalnızca gerektiğinde gelmesi gerektiğini göstermektedir.²⁰

Yukarıda belirtilen davalardan farklı olarak, Afrika Mahkemesi'nin sadece Afrika Şartı'nı değil, aynı zamanda söz konusu devletin onayladığı diğer insan hakları antlaşmalarını da uyguladığı davalar vardır. Örneğin, *Umuhoza* davasında Mahkeme, adil yargılanma hakkının unsurları olarak masumiyet karnesi hakkına²¹ ve ifade özgürlüğü hakkına getirilebilecek sınırlamalara ilişkin konularda karar verirken hem Afrika Şartı'nı hem de MSHUS'u kullanmıştır.²² Benzer bir yaklaşım Afrika Mahkemesi tarafından *Konate* davasında da kullanılmıştır. Bu davada başvuran, davalı devletin, Afrika Şartı, MSHUS ve davalı devletin taraf olduğu Batı Afrika Devletleri Ekonomik Topluluğu'nun Revize Edilmiş Antlaşması da dahil olmak üzere çeşitli antlaşmalarla korunan ifade özgürlüğü hakkını ihlal

¹⁵ Adamantia Rachovitsa, "On New 'Judicial Animals': The Curious Case of an African Court with Material Jurisdiction of a Global Scope," *Human Rights Law Review* 19, (2019): 256. <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngz010>.

¹⁶ Christof Heyns, "The African Regional Human Rights System: In Need of Reform?," *African Human Rights Law Journal* 2, no. 1 (2001): 167; Frans Viljoen, *International Human Rights Law in Africa*, (Oxford University Press, 2012), 438.

¹⁷ Heyns, "The African Regional Human Rights System", 167.

¹⁸ African Court on Human and Peoples' Rights, *in the Consolidated Matter of Tanganyika Law Society and the Legal and Human Rights Centre, and Reverend Christopher R. Mtikila v. The United Republic of Tanzania*, Başvuru Numaraları 009/2011, 011/2011, Haziran 14, 2013, para. 93.

¹⁹ *In the Consolidated Matter of Tanganyika Law Society and the Legal and Human Rights Centre, and Reverend Christopher R. Mtikila v. The United Republic of Tanzania*, para. 123.

²⁰ African Court on Human and Peoples' Rights, *Norbert Zongo and others v. Burkina Faso*, Başvuru No. 013/2013, Judgment, Mart 28, 2014, para. 118 ve 157.

²¹ African Court on Human and Peoples' Rights, *Ingabire Victoire Umuhoza v. Republic of Rwanda*, Başvuru No. 003/2014, Judgment, Kasım 24, 2017, para. 82-83.

²² *Ingabire Victoire Umuhoza v. Republic of Rwanda*, Judgment, para. 130-163.

ettiğini iddia etmiştir.²³ İddiyayı değerlendirdikten sonra Mahkeme, davalı devletin sadece Afrika Şartı değil, aynı zamanda MSHUS ve Batı Afrika Devletleri Ekonomik Topluluğu'nun Revize Edilmiş Antlaşması kapsamındaki ifade özgürlüğü hakkına ilişkin yükümlülüğünü yerine getirmediğine karar vermiştir.²⁴ Benzer bir yaklaşım, Afrika Mahkemesi tarafından *APDF and IHRDA/Republic of Mali* davasında da kullanılmıştır. Bu davada, başvuran, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın Kadımların Haklarına İlişkin Protokolü, Afrika Çocuk Hakları ve Refahı Şartı ve Kadımlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin çeşitli hükümlerinin ihlal edildiğini iddia etmiştir.²⁵ Afrika Mahkemesi iddiayı incelemiş ve davalı devletin yalnızca AfB'nden kaynaklanan insan hakları antlaşmalarını değil, aynı zamanda BM Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'ni de ihlal ettiğini tespit etmiştir.²⁶ Benzer bir yaklaşımın benimsendiği diğer dava ise *Mohamed Abubakari/United Republic of Tanzania*'dır. Bu davada başvuran, davalı devletin ulusal mahkeme yargılaması sırasında adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini iddia ederek silahlı soygundan mahkumiyetine ve otuz yıl hapis cezasına çarptırılmasına yol açmıştır.²⁷ Afrika Mahkemesi iddia edilen ihlali değerlendirmiş ve davalı devletin hem Afrika Şartı'nın 7. maddesini hem de MSHUS'un 14. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.²⁸

Afrika Mahkemesi'nin, davanın taraflarından hiçbiri bunlara atıfta bulunmamasına rağmen, ilgili devletin Afrika Şartı'na ek olarak onayladığı insan hakları antlaşmalarına dayandığı davalar da olmuştur. *Alex Thomas/United Republic of Tanzania* davası buna iyi bir örnektir. Bu davada, silahlı soygun suçundan otuz yıl hapis cezasına çarptırılan başvuran, Afrika Şartı uyarınca adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia ederek Afrika Mahkemesine şikâyetle bulunmuştur. Başvuranın, davalı devletin taraf olduğu MSHUS'un ihlal edildiğini iddia etmemesine rağmen, Afrika Mahkemesi kendi inisiyatifıyla adil yargılanma hakkının iddia edilen ihlallerini değerlendirmek için MSHUS'u kullanmış ve hem Afrika Şartı'nın hem de MSHUS'un ihlal edildiğini tespit etmiştir.²⁹

Afrika Mahkemesi, Afrika Şartı'nın hükümlerini yorumlamak için birçok kez başka antlaşmalar kullanmıştır. Bunun dikkate değer bir örneği, *Wilfred Onyango Nganyi ve diğer 9 kişi/United Republic of Tanzania* davasıdır. Bu davada, Afrika Mahkemesi, başvuranlara adli yardım sağlanmamasının, Afrika Şartı'nın 7(1c) maddesi kapsamında güvence altına alınan adil yargılanma haklarını ihlal edip etmediğini belirlemek için MSHUS'un 14(3d) maddesini yorumlayıcı bir araç olarak kullanmıştır.³⁰ Benzer bir yaklaşım, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasının ileri sürüldüğü *Christopher Jonas/United Republic of Tanzania* davasında da benimsenmiştir. Bu davada başvuran, avukat tarafından temsil edilme hakkının davalı devlet tarafından ihlal edildiğini iddia etmiştir. Afrika Mahkemesi, bu iddianın esasını belirlerken, MSHUS'un 14(3d) maddesini uygulayarak herkesin savunma hakkını Afrika Şartı'nın 7(1c) maddesi ile güvence altına alındığı şeklinde yorumlamıştır. Buna göre, Mahkeme, davalı devletin, ağır ceza ile cezalandırılabilir ciddi bir suçtan dolayı kovuşturma ile karşı karşıya olan yoksul bir kişi olan başvurana tüm yasal süreç boyunca ücretsiz hukuki yardım

²³ African Court on Human and Peoples' Rights, *Lohe Issa Konate v. Burkina Faso*, Başvuru No. 004/2013, Judgment, Aralık 5, 2014, para. 9 ve 12.

²⁴ *Lohe Issa Konate v. Burkina Faso*, Judgment, para. 170.

²⁵ African Court on Human and Peoples' Rights, *Association Pour le Progres et la Defense des Droits des Femmes Maliennes (APDF) and the Institute for Human Rights and Development in Africa (IHRDA) v. Republic of Mali*, Başvuru No. 046/2016, Judgment, Mayıs 11, 2018, para. 9.

²⁶ *Association Pour le Progres et la Defense des Droits des Femmes Maliennes (APDF) and the Institute for Human Rights and Development in Africa (IHRDA) v. Republic of Mali*, Judgment, para. 125.

²⁷ *Mohamed Abubakari v. United Republic of Tanzania*, Judgment, para. 4.

²⁸ *A Mohamed Abubakari v. United Republic of Tanzania*, Judgment, para.142 (viii-ix).

²⁹ *Alex Thomas v United Republic of Tanzania*, Judgment, para. 157 ve 161(vii).

³⁰ African Court on Human and Peoples' Rights, *Wilfred Onyango Nganyi and 9 Others v. United Republic of Tanzania*, Başvuru No. 006/2013, Judgment, Eylül 28, 2017, para. 165.

sunmayarak Afrika Şartı'nın 7(1c) maddesini ihlal ettiğini tespit etmiştir.³¹ Afrika Mahkemesi, *African Commission on Human and Peoples' Rights/Libya* davada da benzer bir yaklaşım kullanmıştır. Bu dava, Afrika Komisyonu'nun Afrika Mahkemesi'ne sunduğu üç davadan biridir³² ve Afrika Mahkemesi'nin ilk varsayılan hükmüyle sonuçlanmış davadır. Bu davada Komisyon, Libya'nın Saif al-Islam Kadhafi'yi tecrit altında tutarak ve yasal temsile erişim izni vermeyerek Afrika Şartı'nın 6. ve 7. maddelerini ihlal ettiğini iddia etmiştir.³³ Afrika Mahkemesi, iddiayı analiz etmek için madde 9 ve madde 14(1) dahil olmak üzere MSHUS'un ilgili hükümlerinin yanı sıra 1988'de BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen Herhangi Bir Biçimde Gözaltı veya Hapis Cezası Altındaki Tüm Kişilerin Korunmasına İlişkin İlkeler Bütününü kullandı ve Libya'nın Afrika Şartı'nın 6. ve 7. maddelerini ihlal ettiğini tespit etmiştir.³⁴

Bazı durumlarda, Afrika Mahkemesi kendisine sunulan bir davayı sadece uluslararası insan hakları belgelerini kullanarak çözmüştür. Afrika Şartı'nda açıkça tanınmayan vatandaşlık hakkı ile ilgili olarak *Anudo davasındaki* durum budur. Mahkeme'nin bu davada doğru bir şekilde belirttiği gibi, vatandaşlık hakkı da MSHUS'un herhangi bir hükmünde açıkça yer almamaktadır.³⁵ Sonuç olarak, davalı devletin başvuranın vatandaşlık hakkından keyfi olarak mahrum bırakıp bırakmadığını belirlemek için Afrika Mahkemesi İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ni kullanıp bunun 15(2) maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.³⁶ Ayrıca, davalı devletin başvurucuyu sınır dışı etme şekli, Afrika Mahkemesinin MSHUS'un 13. maddesinin ihlal edildiğine karar vermesine yol açmıştır.³⁷

2. Hakların Normatif İçeriğine İlişkin Mahkemenin Yaklaşımı

a. Zımni Haklar Teorisi Yaklaşımı (Implied Rights Theory Approach)

Daha radikal bir kapsamlı yorumlama tekniği olan bu yaklaşım, antlaşma denetim organının, bir antlaşma metninde açıkça listelenmeyen hakları geliştirmesine ve korumasına izin verecektir.³⁸ Bu yaklaşım, birçok antlaşma denetim organının düzenli olarak kullandığı bir yaklaşımdır. Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Airey/Ireland* davasında bunu kullanmıştır. Bu davada, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvurucunun Sözleşme'nin 6(1) maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının, yasal temsil için ödeme yapamaması nedeniyle kendisini ulusal bir mahkeme önünde gerektiği gibi temsil etmesini engellediği için ihlal edildiğine karar vermiştir.³⁹

Afrika Komisyonu da Afrika Şartı'nda gıda ve barınma haklarının tanınmasına ilişkin zımni bir haklar teorisi geliştirmiştir. Komisyon'un *SERAC/Nigeria* davasına ilişkin bulgularında durum budur. Bu davada, Nijerya hükümeti, Ogoni halkının sağlık, temiz çevre, servetlerini ve doğal kaynaklarını, mülklerini ve yeterli konutlarını özgürce elden çıkarma haklarını ihlal etmekle suçlanmıştır. Bu davada Komisyon, barınma hakkı ve gıda hakkının Afrika Şartı'nda açıkça öngörülmemesine rağmen, bu hakların Afrika Şartı'nda zımnen korunduğunu savunmuştur. Mahkeme, bu hakların, ulaşılabilir en iyi

³¹ African Court on Human and Peoples' Rights, *Christopher Jonas v. United Republic of Tanzania*, Başvuru 011/2015, Judgment, Eylül 28, 2017, para. 75-78.

³² Diğerleri için ise bkz. *African Commission on Human and Peoples' Rights v. The Republic of Kenya*, Başvuru No. 006/2012; ve *African Commission on Human and Peoples' Rights v. Great Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, Başvuru 004/2011.

³³ African Court on Human and Peoples' Rights, *African Commission on Human and Peoples' Rights v. Libya*, Başvuru 002/2013, Judgment, Haziran 3, 2016, para. 9.

³⁴ *African Commission on Human and Peoples' Rights v. Libya*, Judgment, para. 82-83, 89, 92, ve 97 (iv).

³⁵ African Court on Human and Peoples' Rights, *Anudo Ochieng Anudo v. United Republic of Tanzania*, Başvuru No. 012/2015, Judgment, Mart 22, 2018, para. 76.

³⁶ *Anudo Ochieng Anudo v. United Republic of Tanzania*, Judgment, para. 88.

³⁷ *Anudo Ochieng Anudo v. United Republic of Tanzania*, Judgment, para. 106.

³⁸ Shai Dothan, "The Three Traditional Approaches to Treaty Interpretation: A Current Application to the European Court of Human Rights," *Fordham International Law Journal* 43, no. 3 (2019): 773. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3241331>.

³⁹ European Court of Human Rights, *Airey v. Ireland*, Başvuru No. 6289/73, Judgment, Ekim 9, 1979, para. 26-28.

ruh ve beden sağlığından yararlanma hakkını (Madde 16), mülkiyet hakkını (Madde 14), aileye tanınan korumayı (Madde 18/1/) ve yaşam hakkını (Madde 4) koruyan hükümler kapsamında değerlendirilebileceğini ileri sürmüştür. Buna göre Komisyon, Afrika Şartı'nın 4, 14, 16 ve 18(1) maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederken, Nijerya hükümetinin barınma hakkını ve gıda hakkını da ihlal ettiğini tespit etmiştir.⁴⁰ Komisyon bu nedenle zımni haklar teorisine başvurmuş ve gıda ve barınma haklarını kapsayacak şekilde açıkça garanti edilen sosyo-ekonomik hakların sınırlı kapsamını genişletmiştir.⁴¹

Bu yaklaşım, Afrika Mahkemesi tarafından kendisine sunulan birçok davada, çoğunlukla da adil yargılanma hakkına ilişkin davalarda, benimsenmiştir. Örneğin, tercüman sağlama hakkı Afrika Şartı'nda açıkça tanınmamıştır. Bununla birlikte, Afrika Mahkemesi, *Gozbert Henerico* davasında adil yargılanma hakkını ele alırken bu hakkı (tercüman sağlama hakkını) Afrika Şartı'nın 7(1c) maddesi kapsamında okumuştur. Bu davada Mahkeme şunları ifade etmiştir:

*Bu davada, Mahkeme, Afrika Şartı'nın 7(1c) maddesi'nin bir tercüman tarafından yardım alma hakkını açıkça sağlamasa da bu maddenin MSHUIS'un 14(3a) maddesi ışığında yorumlanabileceğini belirtmiştir. Bu madde, herkesin ... (a) hakkında yapılan suçlamanın niteliği ve sebebi konusunda kendisinin anlayabileceği bir dilde derhal ve ayrıntılı olarak bilgilendirilme ve (f) mahkemede kullanılan dili anlayamıyor veya konuşamıyorsa, ücretsiz olarak bir tercümanın yardımından yararlanma hakkına sahip olduğunu öngörmektedir.*⁴²

Buna göre, Mahkeme, Afrika Şartı'nın 7(1c) maddesi ile MSHUS'un 14(3/a ve f/) maddesinin ortak okunmasının, yargılananın yürütüldüğü dili anlayamayan her sanığa tercüman tutma hakkı verdiğini tespit etmiştir.⁴³ Benzer bir tutum *Yahaya Zumo Makame and 3 others/United Republic of Tanzania* davasında da görülmüştür. Bu davada başvuruçuların ileri sürdüğü iddialardan biri de başvuruçuya tercüman sağlanmamasının adil yargılanma hakkının ihlali teşkil ettiğidir.⁴⁴ Bununla ilgili olarak, Afrika Mahkemesi, Afrika Şartı'nın 7(1c) maddesinin, bir tercüman tarafından yardım edilme hakkını özel olarak öngörmese de MSHUS'un 14(3/a ve f/) maddesi uyarınca yorumlanacağını yeniden belirtmiştir. Buna göre, Mahkeme tutumunu yinelemiş ve "*sanığın mahkemede kullanılan dili anlayamaması veya konuşamaması durumunda tercüman tutma hakkına sahip olduğuna*" karar vermiştir.⁴⁵

Benzer bir yaklaşım *Alex Thomas/United Republic of Tanzania* davasında da izlenmiştir. Bu davada başvuruçusu, meslekten olmayan, yoksul ve hapiste bir kişi olmasına ve ciddi bir suçla itham edilmesine rağmen adli yardımdan mahrum bırakılması nedeniyle ücretsiz adli yardım hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.⁴⁶ Afrika Mahkemesi, özellikle adli yardım hakkından bahsetmese de davayı karara bağlamak için Afrika Şartı'nın 7(1c) maddesini kullanmıştır. Bu davada Mahkeme, "*Afrika Şartı'nın 7(1c) maddesi özel olarak adli yardım öngörmese de Mahkeme, Protokol'ün 7. maddesi uyarınca, bu hükmü MSHUS'un 14(3d) maddesi ışığında uygulayabilir. MSHUS'un 14(3d) maddesi, adaletin çıkarlarının gerektirdiğinde bir kişiye hukuki yardım sağlanmasını ve bu yardımın ücreti ödeyemeyenlere ücretsiz olarak sağlanmasını öngörmektedir*" şeklinde ifade etmiştir.⁴⁷

⁴⁰ African Commission on Human and Peoples' Rights, *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria*, Tebliğ No. 055/96, Ekim 17, 2001, para. 60-69.

⁴¹ Bright Nkrumah, "The Potential of the African Human Rights System in Addressing Poverty", iç. *Exploring the Link between Poverty and Human Rights in Africa*, eds. Ebenezer Durojaye ve Gladys Mirugi-Mukundi (South Africa: Pretoria University Law Press, 2020), 221.

⁴² African Court on Human and Peoples' Rights, *Gozbert Henerico v. United Republic of Tanzania*, Başvuru No. 056/2016, Judgment on Merits and Reparations, Ocak 10, 2022, para. 126.

⁴³ *Gozbert Henerico v. United Republic of Tanzania*, Judgment on Merits and Reparations, para. 127.

⁴⁴ African Court on Human and Peoples' Rights, *Yahaya Zumo Makame and 3 others v. United Republic of Tanzania*, Başvuru No. 023/2016, Judgment, Haziran 25, 2021, para. 88.

⁴⁵ *Yahaya Zumo Makame and 3 others v. United Republic of Tanzania*, Judgment, para. 90-91.

⁴⁶ *Alex Thomas v. United Republic of Tanzania*, Judgment, para. 111.

⁴⁷ *Alex Thomas v. United Republic of Tanzania*, Judgment, para. 114.

Kennedy Owino Onyachi and Charles John Mwanini Njoka/United Republic of Tanzania davası, Afrika Mahkemesi'nin zımni haklar teorisi yaklaşımını uyguladığı diğer davadır. Bu davada, Afrika Mahkemesi, Afrika Şartı'nın 7(1) maddesindeki 'içerir' teriminin, listenin kapsamlı olmadığını ve dinlenilme hakkının hem uluslararası hukukta hem de ilgili devletin iç hukukunda bireyler için mevcut olan diğer hakları da içerebileceğini belirterek Afrika Şartı'nın 7(1) maddesini kapsamlı bir şekilde yorumlama ihtiyacını kabul etmiştir.⁴⁸ Adli yardım hakkı ile ilgili olarak, Afrika Mahkemesi, Afrika Şartı'nda adli yardım hakkına ilişkin açık bir hükmün bulunmadığını kabul ettikten sonra, ücretsiz adli yardımın Afrika Şartı'nın 7(1c) maddesi kapsamında güvence altına alınan savunma hakkının zımnen bir hakkı olduğunu belirtmiştir.⁴⁹ Afrika Mahkemesi *Wilfred Onyango Nganyi and 9 Others/Tanzania* davasında da adli yardım hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme kararında, sanığın talebine bakılmaksızın adli yardıma erişimin yararlanması gereken bir hak olduğunu, çünkü adil bir yargı sürecinin sağlanması ve adaletin düşmesi olasılığının önlenmesinin önemli olduğunu belirtmiştir.⁵⁰ Afrika Mahkemesi, başvurulara adli yardım sağlanmadığı iddiasını belirlemek için Afrika Şartı'nın 7(1c) maddesini ve MSHUS'un 14(3d) maddesini kullanmıştır. MSHUS'un 14(3d) maddesi, hem Afrika Şartı'nın 7(1c) maddesini yorumlamak için kullanılmış hem de doğrudan davaya uygulanmıştır.⁵¹ Afrika Mahkemesi, *Andrew Ambrose Cheusi/United Republic of Tanzania* davasında adli yardım hakkıyla ilgili olarak bunu yeniden teyit etmiştir. Başvuran, davalı devletin ücretsiz adli yardım sunmamasının Afrika Şartı'nın 7(1c) maddesinin ihlali anlamına geldiğini iddia etmektedir.⁵² Mahkeme, Afrika Şartı'nın 7(1c) maddesinin ücretsiz adli yardım hakkını açıkça öngörmemesine rağmen, savunma hakkına ima edildiğini belirtmektedir.⁵³

Afrika Mahkemesi tarafından uygulanan zımni haklar teorisi yaklaşımının bir diğer yönü, adil yargılanma hakkının bir parçası olan suçlamalar hakkında bilgilendirilme hakkıdır. Örneğin, *Mohamed Abubakari/United Republic of Tanzania* davasında, Afrika Şartı, bir sanığın kendisine yöneltilen suçlamalar hakkında bilgilendirilme hakkını açıkça tanımamasına rağmen, Afrika Mahkemesi bu hakkın savunma hakkının ayrılmaz bir parçası olduğuna ve her şeyden önce adil yargılanma hakkının temel bir unsuru olduğuna karar vermiştir.⁵⁴

Zımni haklar teorisi yaklaşımı, Afrika Şartı'nda açıkça tanınmayan vatandaşlık hakkı ile ilgili olarak da benimsenmiştir. *Robert John Penessis/United Republic of Tanzania* davasında, Afrika Mahkemesi zımni haklar teorisi yaklaşımını uygulamıştır. Bu davada, başvuru, davalı devletin diğerlerinin yanı sıra vatandaşlık hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir.⁵⁵ Bu davada, Afrika Mahkemesi ne Afrika Şartı'nın ne de MSHUS'un özellikle vatandaşlık hakkıyla ilgili herhangi bir hüküm içerdiğini belirtmektedir.⁵⁶ Bununla birlikte, Mahkeme, vatandaşlık hakkının, Afrika Şartı'nın 5. maddesinde yer alan insan onurunun temel bir yönü olduğuna karar vermiştir. Afrika Şartı'nın 5. maddesinde yer alan 'yasal statü' ifadesinin vatandaşlık hakkını kapsadığını ileri sürüp⁵⁷ başvuru, vatandaşlık hakkının ihlal edildiğini tespit etmiştir.⁵⁸

⁴⁸ African Court on Human and Peoples' Rights, *Kennedy Owino Onyachi and Charles John Mwanini Njoka v. United Republic of Tanzania*, Başvuru No. 003/2015, Judgment, Eylül 28, 2017, para. 117.

⁴⁹ *Kennedy Owino Onyachi and Charles John Mwanini Njoka v. United Republic of Tanzania*, Judgment, para. 104.

⁵⁰ *Wilfred Onyango Nganyi and 9 Others v. United Republic of Tanzania*, Judgment, para. 182-184.

⁵¹ *Wilfred Onyango Nganyi and 9 Others v. United Republic of Tanzania*, Judgment, para. 165.

⁵² African Court on Human and Peoples' Rights, *Andrew Ambrose Cheusi v. United Republic of Tanzania*, Başvuru No. 004/2015, Judgment, Haziran 26, 2020, para. 100.

⁵³ *Andrew Ambrose Cheusi v. United Republic of Tanzania*, Judgment, para. 105.

⁵⁴ *Mohamed Abubakari/United Republic of Tanzania*, Judgment, para. 158.

⁵⁵ African Court on Human and Peoples' Rights, *Robert John Penessis v. United Republic of Tanzania*, Başvuru No. 013/2015, Judgment, Kasım 28, 2019, para 3.

⁵⁶ *Robert John Penessis v. United Republic of Tanzania*, Judgment, para. 85.

⁵⁷ *Robert John Penessis v. United Republic of Tanzania*, Judgment, para. 87-89.

⁵⁸ *Robert John Penessis v. United Republic of Tanzania*, Judgment, para. 103.

Afrika Mahkemesi *Sébastien Germain Ajavon/Republic of Benin* davasında da zımni haklar teorisi yaklaşımı kullanmıştır. Bu davadaki iddialardan biri de başvurunun grev hakkının ihlalidir. Mahkeme, grev hakkının Afrika Şartı'nda açıkça belirtilmemesine rağmen, Şartı'nın 15. maddesinde öngörülen çalışma hakkının tamamlayıcısı olduğunu belirtmektedir.⁵⁹

Afrika Mahkemesi'nin Afrika Şartı'nda açıkça tanınmayan haklar için zımni haklar teorisi yaklaşımıyla genişletilmiş bir koruma sağlama çabası, Afrika Şartı kapsamındaki hakların korunmasındaki boşlukları doldurmayı ve yeni gelişmelere yanıt vermeyi sağlayacaktır. Bununla birlikte, bu yaklaşımın bazı dezavantajları da olacaktır. Birincisi, bu yaklaşım, Mahkeme'nin Afrika Şartı'nın oluşturulması sırasında üye devletler tarafından belirlenen sınırları aşmasına izin verecek ve üye devletleri oluşturulduğu sırada öngörülemeyen yükümlülükleri kabul etmeye zorlayacaktır. İkincisi, Afrika insan hakları sistemi bu yaklaşımın bir sonucu olarak istikrarsız ve belirsiz hale gelebilir. Afrika Şartı'nda açıkça tanımlanmış hakların aksine, zımni haklar, zaman içinde veya yargıçlar arasında değişebilen yargısal yoruma açıktır. Bu tutarsız yorum, öngörülemeyen yasal sonuçlara yol açabilir. Üçüncüsü, zımni haklar teorisi yaklaşımı, önceki içtihat hukuku veya hukuk geleneği tarafından iyi kurulmamış yeni yasal yorumlar ve kavramlar getirerek yasal kesinliği ihlal etme potansiyeline sahiptir. Bu husus, kafa karışıklığı yaratacak ve bireylerin korunan haklarını anlamalarını ve devletlerin Afrika Şartı kapsamındaki yükümlülüklerini anlamalarını zorlaştıracaktır. Bütün bunlar, Afrika devletlerini hem Afrika Mahkeme Protokolünü onaylamaktan hem de Afrika Mahkeme Protokolü'nün 34(6) maddesi uyarınca bir beyanda bulunmaktan caydıracaktır. Devletlerin Afrika Mahkemesi'ne 34(6) maddesi beyanını geri çekme konusundaki son direnişini dikkate aldığımızda durum böyledir.

b. Etkili Kural Yaklaşımı (Effective Rule Approach)

Bu yaklaşım, bir antlaşmanın bir bütün olarak ona ve içindeki bireysel hükümlere anlamlı bir etki verecek şekilde yorumlanmasını gerektirir. Bu yaklaşım, antlaşma hükümlerini anlamsız veya etkisiz hale getirecek yorumlardan kaçınmayı amaçlamaktadır.⁶⁰ Örneğin Afrika Mahkemesi, Afrika Mahkemesi Protokolü'nün 34(6) maddesi uyarınca tevdi edilen beyannamelerin geri çekilmesiyle ilgili konuları içeren davalarda bu yaklaşımı kullanmıştır.

Afrika Mahkemesi içtihadı, Afrika Mahkeme Protokolü'nün 34(6) maddesi beyannamesinden çekilmenin geriye dönük bir etkisinin olmadığı ve geri çekilmenin yapıldığı sırada derdest olan davalar üzerinde hiçbir etkisi olmadığı yönündedir. Bu görüş, Afrika Mahkemesi tarafından *Ingabire Victoire Umuhoza/Republic of Rwanda* davasında kabul edilmiştir. Bu davada Afrika Mahkemesi ne Afrika Mahkemesi Protokolü'nde ne de Afrika Şartı'nda Protokol'ün feshedilmesine veya Protokol'ün 34(6) maddesi uyarınca yapılan beyanın geri çekilmesine ilişkin herhangi bir hüküm içerdiğini belirtmiştir. Sonuç olarak, geri çekilmenin etkisi ve yürürlüğe gireceği tarih, Afrika Şartı'nda veya Afrika Mahkeme Protokolü'nde özel olarak tanımlanmamıştır. Bununla birlikte, Afrika Mahkemesi, geri çekilmenin etkilerinin, beyanda bulunan bir devletin geri çekilme beyanını yatırmışından bir yıl sonra yürürlüğe gireceğine karar vermiştir. Buna göre, Mahkeme, geri çekilmenin yasal etkilerinin iki yönlü olduğu kanaatindedir. İlk olarak, geri çekilme işlemi ancak bir yıllık sürenin bitiminden sonra yürürlüğe girecektir. İkincisi, bir devletin geri çekilme niyetini bildirmesinin Mahkeme önünde görülmekte olan davalar üzerinde yasal bir etkisi yoktur.⁶¹

Benzer bir karar *Andrew Ambrose Cheusi/United Republic of Tanzania* davasında da verilmiştir. Bu davada, Afrika Mahkemesi, Protokol'ün 34(6) maddesi uyarınca tevdi edilen bir beyannamenin geri çekilmesinin geriye dönük herhangi bir etkisi olmadığını ve geri çekilmenin yapıldığı sırada derdest olan konular üzerinde herhangi bir sonucu olmadığını bir kez daha teyit etmiştir. Geri çekilmenin

⁵⁹ African Court on Human and Peoples' Rights, *Sébastien Germain Ajavon v. Republic of Benin*, Başvuru No. 062/2019, Judgment, Aralık 4, 2020, para. 129, 132.

⁶⁰ Jean-Marc Sorel ve Valérie Boré Eveno, "Article 31: General Rule of Interpretation", iç. *The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary Vol. 1*, eds. Olivier Corten ve Pierre Klein (Oxford University Press, 2011), 830-832.

⁶¹ *Ingabire Victoire Umuhoza v. Republic of Rwanda*, Judgment, para. 66-68.

yürürlüğe girdiği tarihle ilgili olarak, Mahkeme, geri çekilme belgesinin sunulmasından on iki ay sonra yürürlüğe girdiğini de yinelemektedir.⁶²

Afrika Mahkemesi de *Ogiek* davasında etkili kural yaklaşımını benimsemiştir. Bu davada davalı devlet, Afrika Mahkemesi'nin konu bakımından yetkisine itiraz etmiştir. Afrika Komisyonu'nun başvurusu Mahkemeye değil, Afrika Şartı'nın 58. maddesi gereğince AfB Meclisi'nin dikkatine çekmesi gerektiğini iddia etmiştir.⁶³ Bu madde şunu belirtmektedir: “*Komisyonun müzakere etmesinden sonra bir ya da daha çok başvurunun bir dizi ciddi/vahim ve kitlesel insan ve halkların hakları ihlallerinin varlığını ortaya çıkaran özel vakalarla açıkça bağlantılı olduğu görülürse, Komisyon, Devlet ve Hükümet Başkanları Meclisinin dikkatini bu özel vakalara çekecektir*”. Bu itirazın reddedilmesinde, Mahkeme Protokol'ün 3(1) maddesi ve Mahkeme Kurallarının 26(1a) Kuralı temelinde, iddia edilen hakların Afrika Şartı veya ilgili devlet tarafından onaylanmış diğer insan hakları belgeleri tarafından korunması sürece Mahkeme'nin konu üzerinde yargı yetkisine sahip olacağını belirtmiştir. Ayrıca Mahkemenin yetkisini kullanması için yerine getirilmesi gereken ek bir şartın bulunmadığı da belirtilmiştir. Buna göre, Mahkeme, Afrika Şartı'nın 58. Maddesi'nin, Komisyon'a kendisine sunulan başvuruların ciddi veya kitlesel insan ve halkların hakları ihlallerini ortaya koyması durumunda AfB Meclisi'nin dikkatini çekmesini zorunlu kılmasına rağmen, bu durumun Mahkeme'nin konu bakımından yetkisi açısından önemsiz olduğuna karar vermiştir. Bu nedenle, Mahkeme'nin kurulması ve Protokol'ün 2. maddesinde yer alan tamamlayıcılık ilkesinin uygulanması, Komisyon'a, bir dizi ciddi veya büyük insan hakları ihlalini ortaya çıkaran konular da dahil olmak üzere, herhangi bir konuyu Mahkeme'ye havale etme yetkisi vermektedir.⁶⁴

Etkili kural yaklaşımının, antlaşmaların anlamlı ve etkili bir şekilde uygulanmasını sağlamada önemli faydaları vardır. Bununla birlikte, bu durum çeşitli riskler de taşımaktadır. Örneğin, etkili bir yorumun ne olduğunu belirlemek öznel olabilir ve en etkili yorumun ne olduğu konusunda potansiyel anlaşmazlıklara yol açabilir. Bu yaklaşım, antlaşma taraflarının orijinal niyetlerinin ötesine geçen ve potansiyel olarak antlaşmanın kapsamını aşan yorumlara da yol açabilir. Bu nedenle, riskleri en aza indirmek ve faydaları optimize etmek için yaklaşımın dikkatli bir şekilde uygulanması gerekir.

c. Teleolojik Yaklaşım (Teleological Approach)

Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31(1) maddesinde, antlaşma hükümlerinin yalın ve doğal anlamına ağırlıklı bir vurgu yapmaktadır. Bununla birlikte, düz anlam yaklaşımının istenen sonuçları vermeyebileceği veya antlaşma hükmünün veya ifadesinin kesin anlamını kavramanın zor olabileceği durumlar vardır. İşte bu durumda, bir antlaşmanın nesnesini ve amacını dikkate almayı gerektiren teleolojik yaklaşım devreye girmektedir. Amaçsal yaklaşım olarak da bilinen bu yaklaşım, antlaşma hükümlerinin nesnesine ve amacına dikkat ederek yürürlüğe girmesine odaklanır. Bu yaklaşım, her yasal hükmün bir amacı olduğu ve ona yüklenebilecek tüm anlamlar arasında birincil olanın amacı olduğu fikrine dayanır ve bu da baştan benimsenmesinin nedenidir.⁶⁵

Teleolojik yaklaşım, ilgili antlaşmanın nesnesinin ve amacının ötesine geçmediği sürece antlaşma maddesinin kapsamlı bir şekilde yorumlanmasına izin verir. Bu nedenle, bu yaklaşımda, tercümanın bir antlaşmadaki hükmün belirli veya açık dilinin ötesine geçmesine izin verilir.⁶⁶ Bu husus, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31(1) maddesinde açıkça belirtilmiştir. Bu madde, bir antlaşmanın, antlaşmanın şartlarına bağlamaları içinde ve konusu ve amacı ışığında verilecek olağan anlama uygun

⁶² *Andrew Ambrose Cheusi v. United Republic of Tanzania*, Judgment, para. 37-38.

⁶³ *African Commission on Human and Peoples' Rights v. Republic of Kenya*, Judgment, para. 48.

⁶⁴ *African Commission on Human and Peoples' Rights v. Republic of Kenya*, Judgment, para. 51-53.

⁶⁵ Žaklina Harašić, “More About Teleological Argumentation in Law,” *Pravni Vjesnik* 31, no. 3-4 (2015): 27. <https://hrcak.srce.hr/155851>.

⁶⁶ Kenneth M. Lord, “Bootstrapping an Environmental Policy from an Economic Covenant: The Teleological Approach of the European Court of Justice,” *Cornell International Law Journal* 29, no. 2 (1996): 596. <https://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol29/iss2/5>.

olarak iyi niyetle yorumlanması gerektiğini belirtmektedir.⁶⁷ Bu hükmün son fıkrası, bir antlaşmanın konu ve amacına aykırı olması halinde, terimin olağan anlamının kullanılamayacağını göstermektedir. Daha ziyade nesnesi ve amacı ışığında yorumlanması gerekir.

Afrika Mahkemesi, başvuran tarafından belirtilen bir antlaşmanın konu bakımından yetkisi dahilinde olup olmadığını belirlerken bu yaklaşımı uygulamıştır. Örneğin, *APDH/Côte d'Ivoire* davasında durum budur. Bu davada, başvuran, Afrika Şartı, Afrika Demokrasi, Seçimler ve Yönetişim Şartı (Afrika Demokrasi Şartı), Çatışma Önleme, Yönetim, Çözüm, Barışı Koruma ve Güvenlik Mekanizmasına İlişkin Protokol'e Ek olarak Batı Afrika Devletleri Ekonomik Topluluğu Demokrasi ve İyi Yönetişim Protokolü'nün (ECOWAS Protokolü), İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve MSHUS'un ihlal edildiğini iddia etmektedir.⁶⁸ Afrika Mahkemesi, konu bakımından yetkisini belirlemek için, öncelikle başvuranın belirttiği belgelerin Afrika Mahkemesi Protokolü'nün 3(1) maddesi uyarınca insan hakları belgesi olarak nitelendirilip nitelendirilmediğinin belirlenmesi gerektiğini teyit etmiştir.⁶⁹ Buna göre, Afrika Mahkemesi, Afrika Demokrasi Şartı ve ECOWAS Protokolü'nün insan hakları araçları olup olmadığını belirlerken, özellikle bu tür sözleşmelerin amaçlarına atıfta bulunulması gerektiğine karar vermiştir.⁷⁰ Bunu göz önünde bulundurarak, Afrika Mahkemesi, belirlenen belgelerin Afrika Mahkemesi Protokolü'nün 3. maddesi anlamında insan hakları araçları olduğu sonucuna varmıştır.⁷¹

Afrika Mahkemesi, *African Commission on Human and Peoples' Rights/Great Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya* davasındaki geçici tedbir kararına ilişkin olarak benzer bir yaklaşımı benimsemiştir. Bu davada, Afrika Komisyonu, Afrika Mahkemesi'nden geçici tedbir kararı talep etmemiş olsa da Mahkeme, Libya aleyhine kararı kendi inisiyatifleriyle vermiştir.⁷² Aslında, aşırı ciddi ve acil durumların yanı sıra bireylere geri dönülemez zararların verilmesinin önlenmesinin gerekli olduğu durumlarda, Mahkeme'nin, Afrika Mahkemesi Protokolü'nün 27(2) maddesi uyarınca geçici tedbirler almasına izin verilmektedir. Ancak bu madde, bu yetkinin nasıl kullanılabileceğini veya başvurusu için önceden talebin gerekli olup olmadığını belirtmemektedir. Bu belirsizliğe rağmen, Mahkeme yukarıdaki davada Libya'ya karşı geçici tedbirleri kendi inisiyatifleriyle almaya karar vermiştir. Bu nedenle, Afrika Mahkemesi'nin bu tür geçici tedbirler almak için koruyucu rolünü kasıtlı olarak yorumladığı görülmektedir.⁷³

Teleolojik yaklaşım esneklik sunarken ve antlaşmaların temel amaçlarıyla uyum sağlarken, sorunları ve boşlukları da yok değildir. Örneğin, tercümanın antlaşmanın amacını anlamasına büyük ölçüde güvenmesi, onu öznel hale getirecek ve tutarsız yorumlara ve uygulamalara yol açacaktır. Buna ek olarak, tercümanlar, bir antlaşmanın daha geniş amaçlarına odaklanarak, hükümlerin anlamını taraf devletler tarafından başlangıçta amaçlananın ötesine genişletebilir ve antlaşmanın kapsamının aşılmasıyla sonuçlanabilir. Bu da uygulama ve yürütmeye pratik zorluklar yaratacaktır. Ayrıca, bu yaklaşımdaki esneklik, antlaşma hükümlerinin uygulanmasında öngörülebilirliği baltalayıp yasal belirsizliğe yol açacaktır. Bu nedenle, Afrika Mahkemesinin bu yaklaşımı kullanırken dikkatli olması ve yasal kesinlik ve öngörülebilirlikten ödün vermeden bir antlaşmanın amacının onaylanmasını sağlaması tercih edilmektedir.

⁶⁷ Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, 1969, Madde 31(1).

⁶⁸ *Actions Pour la Protection des Droits de l'Homme v. Côte d'Ivoire*, Judgment, para. 20.

⁶⁹ *Actions Pour la Protection des Droits de l'Homme v. Côte d'Ivoire*, Judgment, para. 49.

⁷⁰ *Actions Pour la Protection des Droits de l'Homme v. Côte d'Ivoire*, Judgment, para. 57.

⁷¹ *Actions Pour la Protection des Droits de l'Homme v. Côte d'Ivoire*, Judgment, para. 65.

⁷² African Court on Human and Peoples' Rights, *African Commission on Human and Peoples' Rights v. Great Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, Başvuru No. 004/2011, Order for Provisional Measures, Mart 25, 2011, para. 13 ve 23.

⁷³ Dan Juma, "Provisional Measures under the African Human Rights System: The African Court's Order Against Libya," *Wisconsin International Law Journal* 30, no. 2 (2012): 365.

d. Çapraz Referanslama Yaklaşımı (Cross Referencing Approach)

Çapraz referanslama, karar verirken yerel, bölgesel ve uluslararası insan hakları standartlarını kullanma sürecidir. Aynı zamanda hukuk normlarının ve yorumlarının hukuk sistemleri arasında aktarılması veya sınır ötesi mahkemeler arasında insan hakları konusunda küresel bir konuşma olarak da bilinmektedir.⁷⁴ Bu yaklaşım, antlaşma denetim organının, uygulanmasını izleme yetkisine sahip olduğu antlaşmada yer alan hakların normatif içeriğinin belirlenmesi için geçerli ilkelere ve yasalara atıfta bulunmasına izin vermektedir.

Afrika Mahkemesi bu yaklaşımı bir dizi içtihadında kullanmıştır. Örneğin, *African Commission on Human and Peoples' Rights/Republic of Kenya* davasında Afrika Mahkemesi, yerli topluluklara atalarının topraklarında tanınan hakların kapsamını belirlemek için Afrika Şartı'nın 14. maddesinin, özellikle Birleşmiş Milletler tarafından uygulanabilir ilkeler ışığında yorumlanması gerektiğini belirtmektedir.⁷⁵

Umuhoza davasında Afrika Mahkemesi, yansız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma hakkına ilişkin ihlal iddiasını belirlerken, Afrika Komisyonu tarafından Mayıs 2003'te kabul edilen Afrika'da Adil Yargılanma ve Adli Yardım Hakkına İlişkin İlke ve Kılavuz İlkeleri kullanmıştır.⁷⁶ Benzer şekilde, ceza hukukunun geriye yürümezliği ilkesini tartışan Afrika Şartı'nın 7(2) maddesi kapsamındaki hakların normatif içeriğini belirlerken, aynı davada Mahkeme, MSHUS'un 15(1) maddesine dayanmıştır. Bu davada Mahkeme, MSHUS'un ceza hukukunun geriye dönük uygulanmasına izin veren 15(1) maddesinde sağlanan istisnayı kullanmıştır. Bu, geriye dönük uygulamanın, kişinin suçlandığı daha önceki bir suç eylemini suç olmaktan çıkararak ya da davranışın gerçekleştiği tarihte yürürlükte olan yasadaki daha hafif bir ceza öngörerek kişinin lehine olduğu durumdur. Mahkeme bunu, Afrika Şartı'nın 7(2) maddesinin ceza hukukunun geriye yürümezliği ilkesine ilişkin herhangi bir istisna içermemesine rağmen yapmıştır.⁷⁷

Mahkeme, *Umuhoza* davasında da düşünce ve ifade özgürlüğü hakkının normatif içeriğini belirlerken MSHUS'tan yararlanmıştır. Afrika Şartı'nın 9(2) maddesi, "*her bireyin görüşlerini kanun dahilinde ifade etme ve yayma hakkına sahip olacağını*" belirtir. Bu maddede kullanılan ve geri alma maddesine atıfta bulunan "*kanun dahilinde*" terimi, devletlere daha geniş bir takdir marjı sağlar ve katı bir şekilde okunmadıkça, Afrika Şartı'ndaki hakkın tanınmasını yanıltıcı hale getirmektedir. Sonuç olarak, Afrika Şartı'nın 9(2) maddesi ayrıntılı bir kısıtlama maddesinden yoksun olduğundan, Mahkeme, düşünce ve ifade özgürlüğü hakkının kullanılmasına ilişkin olası kısıtlamaları belirlemek için MSHUS'un 19(3) maddesini kullanmıştır.⁷⁸ İfade özgürlüğüne getirilen kısıtlamalarla ilgili olarak *Issa Konate* davasında da benzer bir yaklaşım izlenmiştir. Bu davada Mahkeme, ifade özgürlüğünün mutlak bir hak olmadığını ve bazı durumlarda bazı sınırlamalara tabi olabileceğini vurgulamıştır. Bunu yaparken, Mahkeme, Afrika Şartı'nın 9(2) maddesinde kullanılan "*kanun dahilinde*" terimlerinin içeriğini belirlemek için MSHUS'un 19(3) maddesine, Afrika Komisyonu'nun içtihadına ve diğer uluslararası ve bölgesel insan hakları organlarının içtihadına kullanmıştır. Buna göre Mahkeme, terimin, ifade özgürlüğünün kullanılmasına, bu kısıtlamaların kanunda öngörülmesi, meşru bir amaca hizmet etmesi, demokratik bir toplumda kesinlikle gerekli olması ve izlenen meşru amaçlarla orantılı olması koşuluyla, kısıtlamaların getirilebileceği olasılığını öngördüğünü belirtmiştir.⁷⁹

⁷⁴ Antje Wiener ve Philip Liste, "Lost Without Translation?: Cross-referencing and a New Global Community of Courts," *Indiana Journal of Global Legal Studies* 21, no. 1 (2014). <https://doi.org/10.2979/indjglolegstu.21.1.263>; Deepa Kansra, "Human Rights and the Practice of Cross-Referencing by Domestic Courts," *Kamkus Law Journal* 4, (2020): 118. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3715293.

⁷⁵ *African Commission on Human and Peoples' Rights v. Republic of Kenya*, Judgment, para. 125.

⁷⁶ *Ingabire Victoire Umuhoza v. Republic of Rwanda*, Judgment, para. 102-105.

⁷⁷ *Ingabire Victoire Umuhoza v. Republic of Rwanda*, Judgment, para. 110.

⁷⁸ *Ingabire Victoire Umuhoza v. Republic of Rwanda*, Judgment, para. 134.

⁷⁹ *Lohe Issa Konate v. Burkina Faso*, Judgment, para. 125-166.

Afrika Mahkemesi tarafından çapraz referans yaklaşımının kullanıldığı diğer dava ise vatandaşlık hakkı ile ilgilidir. Bu, *Anudo Ochieng Anudo/United Republic of Tanzania* davasında olmuştur. Daha ziyade, herkesin bir vatandaşlığa sahip olma hakkına sahip olduğunu ve hiç kimsenin keyfi olarak vatandaşlığından veya vatandaşlığını değiştirme hakkından yoksun bırakılamayacağını belirten İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 15 (1 ve 2) maddesinde ele alınmaktadır.⁸⁰ Afrika Şartı'nda belirli bir madde bulunmamasına rağmen, Afrika Mahkemesi, başvuranın vatandaşlığının geri alınmasının İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 15(2) maddesine aykırı olarak keyfi bir mahrumiyet teşkil etmesi nedeniyle başvuranın vatandaşlık hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁸¹

Bu yaklaşım, Afrika Mahkemesi'ne aynı veya benzer antlaşma hükümlerinin farklı yorumlanması riskini azaltma fırsatı sunmaktadır. Farklı bir şekilde ifade etmek gerekirse, Afrika Mahkemesi, Afrika Şartı'nın yorumunu desteklemek için diğer antlaşmaları ve uluslararası yasal araçları yorumlamak ve uygulamak için yargı yetkisini kullandığında, aynı veya benzer antlaşma hükümlerinin farklı yorumlanması riskini azaltma fırsatı vardır.⁸² Bu nedenle bu yaklaşım, uluslararası insan hakları hukukunun bütünlüğünü ve yeknesaklığını korumak için gereklidir. Daha geniş yasal bağlamı göz önünde bulundurarak antlaşma hükümlerinin bütünsel bir şekilde yorumlanmasına izin verir.

e. Çapraz Aşılama Yaklaşımı (Cross Fertilization Approach)

Çapraz aşılama, belirli bir yasal sorunun çözümünde en çeşitli düzeylerdeki yargı organları arasındaki iletişimi tanımlamak için kullanılır. Bir yargı organı tarafından verilen kararların makullüğünü desteklemek için içtihatlardan yararlanmak hukukta yaygın bir uygulamadır. Nitekim yargı kararları, Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 38(1d) maddesi uyarınca hukuk kurallarının belirlenmesinde ikincil bir kaynak olarak kabul edilmektedir. Buna göre, uluslararası mahkemeler ve antlaşma denetim organları tarafından önlerine getirilen davalarla ilgili karar verme süreçlerinde yaygın olarak kullanılmaktadır.⁸³ Çapraz aşılama yaklaşımı, bir antlaşma denetim organının, önüne getirilen bir davayla ilgili kararların alınmasında diğer antlaşma organlarının içtihatlarından ilham almasına olanak tanır. Bu, Afrika Mahkemesi'nin karar verirken hem bölgesel hem de uluslararası kurumların kararlarından ilham aldığı için en sık kullandığı yaklaşımlardan biridir.

Bu konudaki birincisi, İnsan Hakları Komitesi'nin kararlarından alınan ilhamdır. Örneğin, Afrika Mahkemesi, *Alex Thomas/United Republic of Tanzania* davasında ücretsiz adli yardım hakkını adil yargılanma hakkı içinde yorumlarken İnsan Hakları Komitesi'nin içtihatlarından ilham almıştır. Bu ilham, İnsan Hakları Komitesi'nin *Anthony Currie/Jamaica* davasındaki içtihadından alınmıştır. Bu davada İnsan Hakları Komitesi, MSHUS'un 14(3d) maddesinin, adaletin sağlanmasının gerektirdiği durumlarda, ceza yargılamaları sırasında adli yardım sağlanmasını gerektirdiğine karar vermiştir.⁸⁴ *Wilfred Onyango Nganyi and 9 Others/United Republic of Tanzania* davasında, Afrika Mahkemesi, diğerlerinin yanı sıra, aynı davada İnsan Hakları Komitesi'nin içtihadını da kullanıp adli yardım sağlanmadığında adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini yeniden teyit etmiştir.⁸⁵ Afrika Mahkemesi, *Anudo Ochieng Anudo/United Republic of Tanzania* davasında kararını verirken, İnsan Hakları Komitesi'nin hareket özgürlüğüne ilişkin 27 No'lu Genel Yorum olan diğer çalışmalarını da kullanmıştır. Bu davada, İnsan Hakları Komitesi'nin Genel Yorumu Afrika Mahkemesi tarafından bir vatandaşın sınır

⁸⁰ *Anudo Ochieng Anudov. United Republic of Tanzania*, Judgment, para. 76.

⁸¹ *Anudo Ochieng Anudov. United Republic of Tanzania*, Judgment, para. 88.

⁸² Adamantia Rachovitsa, "The African Court on Human and Peoples' Rights: A Uniquely Equipped Testbed for (the Limits of) Human Rights Integration?," iç. *Human Rights Tectonics: Global Dynamics of Integration and Fragmentation*, eds. Emmanuelle Bribosia ve Isabelle Rorive (Intersentia, 2018), 78.

⁸³ Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff, "Cross-Fertilization as a Neocolonial Tool? Impressions Deriving from the Artavia Murillo vs. Costa Rica Case before the Interamerican Court of Human Rights," *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, Edição Especial*, (2019): 109; Anne-Marie Slaughter, "A Typology of Transjudicial Communication," *University of Richmond Law Review* 29, no. 1 (1994): 117. <https://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol29/iss1/6>.

⁸⁴ *Alex Thomas v. United Republic of Tanzania*, Judgment, para. 120.

⁸⁵ *Wilfred Onyango Nganyi and 9 Others v. United Republic of Tanzania*, Judgment, para. 171.

dışı edilip edilmeyeceği veya ülkesine dönmesinin yasaklanıp yasaklanacağı sorusunu belirlemek için kullanılmıştır.⁸⁶ Genel Yorumda şu ifadeler yer verilmiştir: “...kişinin kendi ülkesine girme hakkından yoksun bırakılmasının makul olabileceği çok az durum vardır. Bir taraf devlet, bir kişiyi vatandaşlıktan çıkararak veya bir kişiyi üçüncü bir ülkeye sınır dışı ederek, bu kişinin kendi ülkesine dönmesini keyfi olarak engellememelidir.”⁸⁷ Benzer şekilde, Afrika Mahkemesi, Afrika Şartı'nın 13. maddesinin kamu işlerine katılma hakkı, oy hakkı ve kamu hizmetine eşit erişim hakkı ile ilgili hükümlerini yorumlarken *Mtikila* davasında İnsan Hakları Komitesi'nin 25 No'lu Genel Yorumuna dayanmıştır.⁸⁸

Afrika Mahkemesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadını da birkaç kez kullanmıştır. Örneğin, *Lohé Issa Konaté/Burkina Faso* davasında Mahkeme, başvuranın Afrika Şartı'nın 9. maddesi, MSHUS'un 19. maddesi ve Batı Afrika Devletleri Ekonomik Topluluğu'nun Revize Edilmiş Antlaşması'nın 66(2c) maddesi kapsamında güvence altına alınan ifade özgürlüğü hakkına, gazeteci Lohé Issa Konaté'nin hakaret suçundan mahkûm edilmesi ve ardından ceza verilmesi yoluyla orantısız bir şekilde müdahale edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, cezai hakaret hukuklarının yalnızca nefret söylemi veya şiddete teşvik gibi istisnai durumlarda kullanılması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme bunu yaparken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Cumpana ve Mazare/Romania* ve *Mahmudov ve Agazade/Azerbaijan* davalarındaki içtihatlarını kullanmıştır.⁸⁹ Benzer şekilde, *Wilfred Onyango Nganyi and 9 Others/United Republic of Tanzania* davasında, Afrika Mahkemesi, Afrika Şartı'nın 7(1d) maddesinde yer alan “makul süre” ifadesini yorumlamak için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadını kullanmıştır. Mahkeme, bir mahkemenin bir konuyu karara bağlamak için kullandığı sürenin makul olup olmadığına karar vermek için standart sürenin bulunmadığını kabul ettikten sonra, bir yargılama süresinin makul olup olmadığını belirlemek için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında tanımlanan çeşitli kriterleri kullanmıştır.⁹⁰ Bu kriterler, diğerlerinin yanı sıra, davanın karmaşıklığını, başvuranın davranışını, ulusal yargı makamlarının davranışlarını içerir.⁹¹

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadı, Afrika Mahkemesi için başka bir ilham kaynağı olarak hizmet etmektedir. Örneğin, *Ingabire Victoire Umuhoza/Republic of Rwanda* davasında, Afrika Mahkemesi, Amerika Kıtası İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Ivcher Bronstein/Peru* davasındaki içtihadını 34(6) maddesinin geri çekilmesinin ne zaman yürürlüğe gireceğini belirlemek için uygulamıştır. Afrika Mahkemesi'nin haklı olarak belirttiği gibi ne Afrika Şartı'nda ne de Afrika Mahkeme Protokolü'nde, Afrika Mahkeme Protokolü'nün kınanmasını ya da Afrika Mahkemesi Protokolü'nün 34(6) maddesi uyarınca yapılan beyanın geri çekilmesini ele alan bir hüküm bulunmaktadır. Bu hüküm eksikliği, Mahkeme'nin bir beyanın geri alınmasına ilişkin şartlar koymasını engellemez ve sonuç olarak, Mahkeme, Protokol'ün 34(6) maddesi uyarınca beyanın geri çekilmesi durumlarında bildirim hükmünün zorunlu olduğunu savunmaktadır. Afrika Mahkemesi, bildirim süresinin uzunluğunu belirlemek için Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin yukarıda bahsedilen *Ivcher Bronstein* davasındaki içtihadından ilham almıştır. Buna göre, Afrika Mahkemesi, Ruanda'nın beyanının geri çekilmesi için bir yıllık bir bildirim süresinin uygulanacağına karar vermiştir.⁹²

Christopher Mtikila/Tanzania davasında, Afrika Mahkemesi, Afrika Şartı'nın 56(5) maddesi ile Afrika Mahkemesi Protokolü'nün 6(2) maddesi kapsamında öngörülen çözüm türünü belirlemek için

⁸⁶ Office of the High Commissioner for Human Rights, *CCPR General Comment No. 27: Article 12 (Freedom of Movement)*, (CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, Kasım 2, 1999), para. 21.

⁸⁷ *Anudo Ochieng Anudo v. United Republic of Tanzania*, Judgment, para. 97-99.

⁸⁸ *Christopher Mtikila v. Tanzania*, Judgment, para. 107.

⁸⁹ *Lohe Issa Konate v. Burkina Faso*, Judgment, para. 158.

⁹⁰ Bu bağlamda, Afrika Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin üç davasına atıfta bulunmuştur; bunlar arasında *Boddaert v. Belgium*, Başvuru No. 12919/87, *Union Alimentaria Sanders Sa v. Spain*, Başvuru No. 11681/85, ve *Cuscani v. United Kingdom*, Başvuru 32771/96 davaları da bulunmaktadır.

⁹¹ *Wilfred Onyango Nganyi and 9 Others v. United Republic of Tanzania*, Judgment, para. 135-137.

⁹² African Court on Human and Peoples' Rights, *Ingabire Victoire Umuhoza v. Republic of Rwanda*, Başvuru No. 003/2014, Ruling on Jurisdiction, Haziran 3, 2016, para. 64-66.

diğerlerinin yanı sıra Afrika Komisyonu'nun içtihadına atıfta bulunmuştur. Komisyon'un, tüketilmesi gereken iç hukuk yollarının mevcudiyeti, etkinliği ve yeterlilik gerekliliklerine ilişkin içtihadını kullanmıştır.⁹³ Aynı davada, Afrika Mahkemesi, mağdurlar için tazminat kararı verirken Uluslararası Daimî Adalet Divanı'nın *Germany/Poland (Factory at Chorzow)* davasındaki kararından da ilham almıştır. *Factory at Chorzow'daki* davasında, Uluslararası Daimî Adalet Divanı, devletin sorumluluğuna ilişkin çağdaş uluslararası hukukun ilkelerinden birinin, zarara neden olan uluslararası bir yükümlülüğün herhangi bir ihlalinin yeterli tazminat sağlama yükümlülüğünü gerektirdiğini ilan etmiştir.⁹⁴

Mahkeme ayrıca, *Ogiek* davasında yerli halkları tanımlama kriterlerini belirlemek için çapraz aşılama yaklaşımını kullanmıştır. Ne Afrika Şartı ne de Afrika Mahkeme Protokolü, Afrika Mahkemesi'nin önüne getirilen davaların karara bağlanmasında diğer insan hakları araçlarından ve kurumlarından ilham almasına izin veren bir hüküm içermektedir. Afrika Şartı'nın 60. ve 61. maddeleri, yalnızca Afrika Komisyonu'nun diğer insan hakları belgelerinden ve kurumlarından ilham almasına izin verildiğini açıkça ortaya koymaktadır. Buna rağmen Afrika Mahkemesi, *Ogiek* davasını karara bağlarken ilham almak için diğer kurumların çalışmalarını kullanmıştır. Bu davada, Afrika Şartı'nda yerli halklar kavramı için bir tanımın bulunmaması ve bunun için evrensel olarak kabul edilmiş bir tanımın bulunmaması, Afrika Mahkemesi'nin davayı değerlendirmesini engellemez. Bunun yerine, Afrika Mahkemesi'nin, yerli halkları belirleme kriterlerinin belirlenmesinde ilham almak için Afrika Komisyonu'nun Yerli Halklar/Topluluklar Çalışma Grubu ve Birleşmiş Milletler Azınlıklar Özel Raportörünün çalışmalarına başvurmasına izin vermiştir.⁹⁵

Çapraz aşılama yaklaşımıyla, Afrika Mahkemesi diğer bölgesel ve uluslararası antlaşma denetim organlarının engin deneyimlerine erişebilir.⁹⁶ Bu, Mahkeme'ye karşılıklı öğrenmeyi teşvik etme, hukuk sistemlerini geliştirme ve yasal standartlarda tutarlılığı teşvik etme fırsatı verecektir. Yaklaşım, kültürel farklılıklar ve dayatma riskleri gibi zorluklar sunsa da yasal uygulamaları yenileme ve uyumlu hale getirme potansiyeli esastır.

f. Mağdur Merkezli Yaklaşım (Victim Centered Approach)

Bu yaklaşım, insan hakları sözleşmesinin insan hakları ihlallerinin mağdurları lehine yorumlanmasını savunmaktadır. Bu yaklaşımda, bir ihlalin mağduru olduğu iddia edilen kişinin haklarına odaklanılmaktadır; çünkü önceliği, diğer devlet çıkarları veya devlet egemenliği gibi diğer hususların üzerinde insan haklarının korunması ve geliştirilmesidir. Bu doğrultuda, mağdurların haklarını tanıyarak ve yasal işlemlerde ve yorumlarda deneyimlerine ve bakış açılarına ağırlık vererek mağdurları güçlendirmeyi amaçlamaktadır. Bunu yaparak, mağdurların şikayetlerinin duyulmasını sağlayarak, acılarını ele alarak ve uygun çözümler sağlayarak mağdurlar için adaleti sağlamayı amaçlamaktadır.

Bu yaklaşım, Afrika Mahkemesi tarafından önüne getirilen bazı davalarda benimsenmiştir. Örneğin, bu *Armand Guehi/United Republic of Tanzania* davasında uygulanmıştır. Afrika Mahkemesi bu davada, olağan bir ispat kuralı olan "iddia edenin ispat etmesi gerekir" ilkesinin insan hakları yargılamasında katı bir şekilde uygulanamayacağını belirtmiştir. Buna göre Afrika Mahkemesi, başvuranın gözetiminde olması ve iddiasını doğrulama araçlarının muhtemelen devletin kontrolü altında olması nedeniyle iddiasını kanıtlayamaması durumunda, ispat yükünün davalı devlete geçeceğini ileri sürmüştür. Bu gibi durumlarda, başvurunun yalnızca ilk bakışta ihlal iddiasında bulunması yeterli

⁹³ *Christopher Mtikila v. Tanzania*, Judgment, para. 82.

⁹⁴ *Christopher Mtikila v. Tanzania*, Judgment, para. 27.

⁹⁵ *African Commission on Human and Peoples' Rights v. Republic of Kenya*, Judgment, para. 105-108.

⁹⁶ Rachovitsa, "The African Court on Human and Peoples' Rights," 78.

olacaktır.⁹⁷ Benzer bir durum *Kennedy Owino Onyachi and Charles John Mwanini Njoka/Tanzania* davasına da yansımıştır.⁹⁸

Afrika Mahkemesi'nin içtihadı da ücretsiz adli yardım hakkının yorumlanmasında bu yaklaşımın benimsendiğini göstermektedir. Yukarıda belirtildiği gibi, Afrika Şartı, ücretsiz adli yardım hakkını açıkça tanımamaktadır. Bununla birlikte, Afrika Mahkemesi bunu Afrika Şartı'nın 7(1c) maddesinde tanınan savunma hakkı kapsamında okumuştur. Bunu yaparken, *Alex Thomas/United Republic of Tanzania* davasında ifade edildiği gibi, Afrika Mahkemesi, başvurunun adli yardım alma hakkına sahip olduğunu ve bunu talep etmesine gerek olmadığını belirtmiştir.⁹⁹ Afrika Mahkemesi, *Wilfred Onyango Nganyi and 9 Others/United Republic of Tanzania* davasında da benzer bir tutum sergilemiştir:

*Adli yardım bir haktır ve sanık tarafından talep edilsin ya da edilmesin yararlanılmalıdır. Adli yardım sağlamanın özü, adil bir yargı süreci sağlamak ve adaletin düşmesi olasılığını önlemektir. Başvurucunun bu haktan haberdar edilmediği veya bu hakkı kullanmadığı durumlarda, hakkı harekete geçirme sorumluluğu adli makamlara aittir. Başvuranların, davalıya aynı şeyi sağlamak için adli yardım başvurusunda bulunma yükümlülüğü yoktur, ancak davalının başvuranların temsil edilmelerini sağlama yükümlülüğü vardır.*¹⁰⁰

Christopher Jonas/United Republic of Tanzania davasında, Afrika Mahkemesi benzer şekilde Davalının kendi inisiyatifiyle başvurana adli prosedür boyunca ücretsiz avukat hizmeti sunması gerektiğini belirtmiştir. Buna göre Mahkeme, Davalı Devlet'in bunu yapmaması nedeniyle Afrika Şartı'nın 7(1c) maddesinin ihlal edildiğini tespit etmiştir.¹⁰¹

Umuhoza davasında, Afrika Mahkemesi, başvuran tarafından Kigali Soykırım Anıtı'nda ifade edildiği iddia edilen görüşün niteliğini belirlerken mağdur merkezli olduğu iddia edilen yaklaşımı izlemiştir. Bu bağlamda, Afrika Mahkemesi şunları belirtmiştir:

*Başvuranın Anma Töreni 'nde yaptığı konuşmanın Yüksek Mahkeme ve Yargıtay tarafından okunan versiyonları birbiriyle ve başvuranın versiyonuyla çelişmektedir. Konuşmanın Yargıtay tarafından belirtilen versiyonu "soykırımın başka bir yüzünden: Hutulara karşı işlenen yönünden" bahsederken, konuşmanın Yüksek Mahkeme tarafından anlatılan versiyonunda Hutuların "... insanlığa karşı suçların ve savaş suçlarının kurbanları" olduğundan bahsedilmektedir. Söz konusu konuşmanın Davalı Devletin yerel mahkemeleri tarafından alıntılanan bu çelişkili versiyonları karşısında, Mahkeme, şüphenin başvuranın yararına olması gerektiği görüşündedir. Bu nedenle Mahkeme, değerlendirmesinde başvuranın Anma Töreninde yaptığı konuşmaya dayanacaktır...*¹⁰²

Mağdur merkezli yaklaşım, Afrika Mahkemesinin mağdurların haklarını korumasına ve geliştirmesine, hesap verebilirliği artırmasına ve mağdurların görüşlerine daha fazla ağırlık vermesine izin verirken, aynı zamanda tarafsızlık ve yasal tutarlılık ile ilgili sorunlar da sunacaktır. Başka bir deyişle, ihlal mağdurlarına fayda sağlasa da mağdurların görüşlerine çok fazla ağırlık vermek, devlet çıkarları veya daha geniş sosyal yansımalar gibi diğer ilgili faktörleri göz ardı eden önyargılı yasal işlemlere yol açabileceğinden, önyargıya açıktır. Ayrıca, mağdur merkezli bir yaklaşımı gerçeğe dönüştürmek, özellikle çelişkili açıklamalar olduğunda veya mağdurların ifadelerinin doğrulanması zor olduğunda zor olabilir. Ek olarak, yorumlar açık yasal ilkelerden ziyade mağdur bakış açılarına dayalı olarak belirgin şekilde farklılık gösteriyorsa, potansiyel olarak yasal öngörülebilirliği ve kesinliği tehdit edebilir. Dahası, bu yaklaşım, mağdurların haklarını korumak ile devletler de dahil olmak üzere herkese

⁹⁷ African Court on Human and Peoples' Rights, *Armand Guehi v. Tanzania*, Başvuru No. 001/2015, Judgment on Merits and Reparations, Aralık 7, 2018, para. 132.

⁹⁸ African Court on Human and Peoples' Rights, *Kennedy Owino Onyachi and Charles John Mwanini Njoka v. United Republic of Tanzania*, Başvuru No. 003/2015, Merits, Eylül 28, 2017, para. 142-145.

⁹⁹ *Alex Thomas v. United Republic of Tanzania*, Judgment, para. 123.

¹⁰⁰ *Wilfred Onyango Nganyi and 9 Others v. United Republic of Tanzania*, Judgment, para. 182.

¹⁰¹ African Court on Human and Peoples' Rights, *Christopher Jonas v. United Republic of Tanzania*, Başvuru No. 011/2015, Judgment, para. 78.

¹⁰² *Ingabire Victoire Umuhoza v. Republic of Rwanda*, Judgment, para. 156-157.

adil davranılmasını sağlamak arasında bir uzlaşmaya varmayı zorlaştırabilir. Bu nedenle, mağdurların haklarına saygı gösterirken yasal ilkeleri ve adaleti destekleyen dengeli bir yaklaşım oluşturmak için Afrika Mahkemesi, yargı yetkisi altındaki antlaşmaları yorumlarken ve uygularken dikkatli olmalıdır.

II. İNSAN HAKLARI İHLALLERİNE ÇÖZÜM VE KARARLARININ İCRASI

A. Afrika İnsan Hakları Mahkemesi'nde İnsan Hakları İhlallerine İlişkin Çözüm Yolları

İnsan hakları ihlalleri için tazminat hakkı, çok sayıda insan hakları sözleşmesinde tanınan ve bir dizi antlaşma denetim organı tarafından onaylanan uluslararası hukukun temel bir ilkesidir. Örneğin, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 8. maddesi, Medeni ve Siyasi Hakları uluslararası Sözleşmesi (MSHUS)'un 2(3) maddesi,¹⁰³ Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme'nin 8(2) maddesi, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 6. maddesi, İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani ve Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'nin 14. maddesi, ve Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 83. maddesi çözüm yolları talebinde bulunma hakkını tanımıştır. Aslında bu insan hakları belgeleri genel olarak devletlerin insan hakları ihlalleri için etkili çözüm yolları sağlama yükümlülüğünü ifade etmektedir.

İnsan hakları ihlallerine ilişkin çözümler hem usule hem de esasa ilişkin hukuki yolları içermektedir. Usule ilişkin hukuki yolları, mahkemeler, idari kurumlar veya diğer yetkili organlar tarafından insan hakları ihlali iddialarının dinlenme ve karara bağlanma süreçlerini belirtirken, esasa ilişkin hukuki yolları, yargılamanın sonucuna veya başarılı davacıya sağlanan tazminata atıfta bulunmaktadır.¹⁰⁴ Bu çözüm yollarının temel amacı, bu ihlallerin mağdurlarını iyileştirmek ve gelecekte benzer ihlallerin yaşanmasını önlemektir.¹⁰⁵ Bu ancak iade, tazminat, rehabilitasyon, tatmin ve tekrarlanmama garantilerini içerebilecek çözüm yolların yeterli, etkili, hızlı ve uğranılan zararlar orantılı olması durumunda mümkündür.¹⁰⁶

Yukarıda belirtilen insan hakları belgelerinden farklı olarak, Afrika Şartı karşılaştırılabilir bir maddeden yoksundur ve sonuç olarak Afrika Komisyonu, insan hakları ihlalleri için çözüm sağlama konusunda açık bir yetkiye sahip değildir. Bununla birlikte, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu'nun *Mamboleo Itundamilamba/Democratic Republic of Congo* davasında doğru bir şekilde belirttiği gibi, Afrika Şartı tarafından güvence altına alınan haklar, bir ihlal durumunda çözüm hakkı güvencesi ile desteklenmediği takdirde anlamsız beyanlar olacaktır.¹⁰⁷ Benzer şekilde, BM İnsan Hakları Komitesi, hak ihlalleri için çözüm yolunun önemini vurgularken, "*Sözleşme hakları ihlal edilen*

¹⁰³ MSHUS ayrıca hak ihlallerine karşı çözüm yolları konusunda iki hüküm daha içermektedir. Bunlar: Madde 9(5)'te tanınan, hukuka aykırı tutuklama veya gözaltı mağduru olan herkes için tazminat hakkı ve Madde 14(6)'da tanınan, adli hataya ilişkin mahkumiyetlerden kaynaklanan ceza sonucunda ortaya çıkan zararlar için tazminat hakkı.

¹⁰⁴ Dinah Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, Third Edition (Oxford University Press, 2015), 16.

¹⁰⁵ African Court on Human and Peoples' Rights, "Comparative Study on the Law and Practice of Reparations for Human Rights Violations," (2019), vii. <https://www.african-court.org/wpafc/wp-content/uploads/2020/11/Comparative-Study-on-the-Law-and-Practice-of-Reparations-for-Human-Rights-Violations.pdf> erişim tarihi: Şubat 14, 2024; African Court on Human and Peoples' Rights, "Fact Sheet on Filing Reparation Claims," Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesinin Haziran 10-Temmuz 5, 2019 tarihlerinde yapılan Elli Üçüncü Olağan Toplantısında kabul edilmiştir, (2020), 3. <https://www.african-court.org/wpafc/wp-content/uploads/2020/10/FACT-SHEET-ON-FILING-REPARATION-CLAIMS-Revised-October-2020.pdf> erişim tarihi: Şubat 1, 2024.

¹⁰⁶ African Court on Human and Peoples' Rights, "Comparative Study," vii.

¹⁰⁷ African Commission on Human and Peoples' Rights, *Mamboleo M. Itundamilamba v. Democratic Republic of Congo*, Tebliğ No. 302/05, Nisan 23, 2013, para. 133.

bireylere tazminat ödenmeden, etkili bir çözüm sağlama yükümlülüğünün ortadan kalkmadığına"¹⁰⁸ karar vermiştir. Bu nedenle Afrika Komisyonu, devletin insan haklarını ihlal ettiğinin tespit edildiği durumlarda çeşitli vesilelerle çözüm yolları emretmişti.

İnsan hakları ihlalleri için çözüm sağlama konusunda açık bir yetki verilmeyen Afrika Komisyonu'nun aksine, Afrika Mahkemesi bu tür çözümleri sağlama konusunda açıkça yetkilidir. Bu durum Afrika Mahkeme Protokolü'nün 27(1) maddesinde açıkça belirtilmiştir. Bu maddeye göre, Mahkeme, bir insan hakkının veya halkların hakkının ihlal edildiğini tespit ederse, adil telafi veya tazminat ödenmesi de dahil olmak üzere, ihlali gidermek için uygun kararlar verir. Sonuç olarak, Afrika Şartı'nın 45(2) maddesinde yer alan "*Şart kapsamındaki hakların korunmasını sağlama*" yetkisini insan hakları ihlalleri için çözüm sağlamak üzere yorumlayan Afrika Komisyonu'nun aksine¹⁰⁹, Afrika Mahkemesi, ihlal mağdurlarına çözüm sağlama yetkisini geniş bir şekilde yorumlamak zorunda değildir.

Afrika Mahkemesi Protokolü, Afrika Mahkemesinin emredebileceği kapsamlı bir çözüm listesi içermemektedir. Sadece insan hakları ihlalleri için potansiyel çözümlerin açıklayıcı bir listesini sağlamış; geri kalanı Mahkeme tarafından belirlenmek üzere bırakılmıştır. Protokolü'nün 27(1) maddede yer alan "*Mahkeme, ihlali gidermek için uygun emirleri verir*" ve "*adil telafi veya tazminat ödenmesi dahi*" hükümleri bunu ima etmektedir. Bunlarından ikinci ifade, mahkemenin emredebileceği çözümlere bir örnek sunarken¹¹⁰, önceki ifade, Mahkeme'nin ihlali ele almak için gerekli olduğu sürece herhangi bir çözüm sağlama yetkisini belirtmektedir. Afrika Mahkeme Protokolü'nün 27(1) maddesi çözüm yollarının ne olduğunu belirtmese bile, uluslararası hukukta bir mahkemenin veya insan hakları denetim organının emredebileceği veya bir devletin bir ihlalin neden olduğu zararı gidermek için yapabileceği her türlü eylemi kapsayan kapsayıcı bir terim olarak kabul edilmektedir.¹¹¹ Buna göre, Afrika Mahkemesi, tazminata ek olarak veya tazminat yerine tatmin, iade, rehabilitasyon, tekrarlanmama garantileri dahil olmak üzere çeşitli çözümler verebilir. Bu görüş, Mahkeme'nin çözüm yolları iade, tazminat, rehabilitasyon, tatmin ve tekrarlanmama garantilerini içerdiğini belirten tazminat tanımıyla uyumludur.¹¹² Bu nedenle, belirli bir ihlalin neden olduğu zararları geri almak için ne tür bir çözüm yollarının uygun olduğunu belirleme yetkisine sahip olan Mahkeme'dir. Bu nedenle, Mahkeme, maruz kalınan zararı adil bir şekilde telafi etmek için çeşitli çözüm yolları biçimlerine karar verebilmektedir.¹¹³

Bu iddia, Afrika Mahkemesi'nin içtihadı tarafından da desteklenmektedir çünkü Mahkeme'nin çok sayıda tazminat kararı, uluslararası hukukta tanınan tüm tazminat biçimlerini kapsamaktadır. Mahkeme'nin *Mtikila* davasında belirttiği gibi, tazminat uygulaması, devletin zarara neden olan uluslararası bir yükümlülüğün ihlali için çözüm sağlama görevini kabul eden uluslararası hukuktaki genel devlet sorumluluğu ilkesi tarafından yönlendirilmektedir.¹¹⁴ Mağdur herhangi bir tazminat almamış olsa da Mahkeme, bu davada, tazminatın insan hakları ihlallerini gidermek için gerekli olan bir çözüm şekli olduğunu kabul etmiştir.¹¹⁵ Ayrıca, tazminatın bir parçası olarak tekrarlanmama, tatmin ve

¹⁰⁸ U.N. Human Rights Committee, *General Comment No. 31: The Nature of the General Legal Obligations Imposed on States Parties to the Covenant*, (CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, March 29, 2004), para. 16.

¹⁰⁹ Örneğin bkz. African Commission on Human and Peoples' Rights, *Emgba Mekongo v. Cameroon*, Tebliğ No. 59/91, Mart 22, 1997. Bu konuda ayrıca bkz. Frans Viljoen, "*Realization of Human Rights in Africa through Inter-Governmental Institutions*," (Doktora Tezi, Pretoria Üniversitesi, 2006), 222-223.

¹¹⁰ Afrika Mahkemesi Protokolü'nün 27(1) maddesinde adil telafi ve tazminat alternatif hukuk yolları olarak sıralanırken, Mahkeme bilgi notunda telafin bir tür tazminat olduğunu açıklığa kavuşturmuş ve tazminatın eski hale iade, telafi, rehabilitasyon, tatmin ve tekrarlanmama garantilerini kapsadığını belirtmiştir.

¹¹¹ African Court on Human and Peoples' Rights, "Comparative Study," 2. Ayrıca bkz. Shelton, *Remedies*, 33.

¹¹² African Court on Human and Peoples' Rights, "Comparative Study," 2.

¹¹³ African Court on Human and Peoples' Rights, "Comparative Study," ix.

¹¹⁴ African Court on Human and Peoples' Rights, *Reverend Christopher Mtikila v. The United Republic of Tanzania*, Başvuru No. 011/2011, Ruling on Reparations, Haziran 13, 2014, para. 27.

¹¹⁵ *Reverend Christopher Mtikila v. The United Republic of Tanzania*, Ruling on Reparations, para. 27-32.

dava masraflarının geri ödenmesine ilişkin garantilerini de kabul etmiştir.¹¹⁶ Tazminat için geçerli olan genel ilkeler arasında, *Lohé Issa Konaté/ Republic of Burkina Faso* davasında Mahkeme, devletin, uluslararası haksız eyleminin mağdura verdiği tüm zararlar için iade, tazminat, rehabilitasyon ve tekrarlanmama garantilerini içeren tam tazminat verme yükümlülüğünü de tanımlamıştır.¹¹⁷ Bu ilkeye dayanarak, Mahkeme, davalı devlete tazminat, gelir kaybı, masraflar ve manevi zararlar için tazminat ve tatmin de dahil olmak üzere tazminat önlemleri almasını emretmiştir.¹¹⁸

Ogiek davasında Afrika Mahkemesi, insan hakları ihlalleri için çözüm bulma konusundaki esnekliğini de teyit etmiştir. Bu davada, başvuran, iade, tazminat, tatmin ve tekrarlanmama garantilerinin çözümlerinin, davalının eylemleri ve ihmalleri nedeniyle maruz kaldıkları ihlalleri gidermek için en uygun olacağını iddia etmektedir.¹¹⁹ Buna göre, Afrika Mahkemesi, tazminatlar ve tekrarlanmama garantileri de dahil olmak üzere çok çeşitli iyileştirici tedbirlere hükmetmiştir.¹²⁰

B. Afrika İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kararlarının İcrasındaki Rolü

Herhangi bir telafi işleminin amacı, çeşitli insan hakları belgelerinde yer alan hakları yürürlüğe koymaktır. Sonuç olarak, takip ve icra mekanizmaları oluşturulmalı ve uygulamada kullanılabilir ve erişilebilir olmalıdır.¹²¹

Afrika Mahkeme Protokolü'nün 30. maddesine göre, protokole taraf olan devletler, taraf oldukları bir davada, Mahkeme'nin öngördüğü süre içinde hükme uyma ve icrasını garanti etme yükümlülüğüne sahiptir. Bu hüküm, yalnızca taraf devletlerin taraf oldukları mahkemenin kararına ilişkin olarak üstlendikleri yükümlülüğü belirtmektedir. Mahkeme kararlarının icrasını denetlemekten kimin sorumlu olduğunu açıkça belirtmemektedir. Bununla birlikte, aynı Protokol'ün 29(2) maddesinin dilinden de anlaşılacağı gibi, Meclis'in adına hareket etmeye yetkili olduğu Bakanlar Konseyi, Mahkeme'nin kararının uygulanmasını denetlemekle görevli organdır. AfB Kurucu Yasası'nın 23(2) maddesine göre, Meclis, Mahkeme'nin kararlarını ve geçici tedbir kararlarını içeren AfB kararlarına uymayan devletlere karşı yaptırım uygulama veya siyasi veya ekonomik nitelikte başka önlemler alma yetkisine sahiptir.¹²²

Protokol, Mahkeme'ye kararlarına uyulmasını sağlamak için herhangi bir açık yetki vermemektedir ve bu nedenle kararları dikkate alınmadığında tepki verme konusunda güçsüz görünmektedir. Bunun yerine, Protokolü'nün 31. maddesinde öngörüldüğü gibi, Mahkeme, bir devletin kararını dikkate almadığı durumlar da dahil olmak üzere, her olağan oturumda Meclis'e bir önceki yıla ait faaliyetleri hakkında bir rapor sunmalıdır. Bu da Afrika Mahkemesi kararlarının uygulanmasının yargı kurumlarından ziyade yalnızca yargı dışı kurumlara atfedildiğini göstermektedir.

Bununla birlikte, Afrika Mahkemesi'nin usul kuralları ve uygulaması, Mahkeme'nin kararlarının uygulanmasında kendisinin rolü olduğunu göstermektedir. Örneğin, Afrika Mahkeme Protokolü'nden farklı olarak Mahkeme Usul Kurallarının 81. maddesi, Mahkeme'ye kararlarının icrası konusunda yetki vermiştir. Buna göre Mahkeme Kuralları, ilgili taraf devletin Mahkeme kararlarına bağlılığına ilişkin raporlar sunmasını gerektirmektedir. Bununla birlikte, devlet uyumluluğunu izlemenin tek yolu bu değildir. Mahkeme, kararlarının uygulanıp uygulanmadığını belirlemek için diğer güvenilir kaynaklardan da ilgili bilgileri alabilir. Ayrıca, Devletin kararlarına uygunluğu konusunda anlaşmazlık olması durumunda, Mahkeme bu kararların uygulanma durumunu değerlendirmek üzere bir duruşma

¹¹⁶ *Reverend Christopher Mtikila v. The United Republic of Tanzania*, Ruling on Reparations, para. 38-45.

¹¹⁷ *African Court on Human and Peoples' Rights, Lohé Issa Konaté v. Republic of Burkina Faso*, Başvuru No. 004/2013, Judgment on Reparations, Haziran 3, 2016, para. 15(a&b).

¹¹⁸ *Lohé Issa Konaté v. Republic of Burkina Faso*, Judgment on Reparations, para. 60.

¹¹⁹ *African Commission on Human and Peoples' Rights/Republic of Kenya*, Judgment, para. 218.

¹²⁰ *African Court on Human and Peoples' Rights, African Commission on Human and Peoples' Rights v. Republic of Kenya*, Başvuru No. 006/2012, Judgment (Reparations), Haziran 23, 2022, para. 160.

¹²¹ Shelton, *Remedies*, 120.

¹²² Manisuli Ssenyonjo, "Responding to Human Rights Violations in Africa: Assessing the Role of the African Commission and Court on Human and Peoples' Rights (1987–2018)," *International Human Rights Law Review* 7, (2018): 32.

düzenleyebilir. Devlet kararlarına uymazsa, Afrika Mahkeme Protokolü'nün 31. maddesinde de öngörülen devletin uyumsuzluğu hakkında Meclis'e rapor vermek Mahkeme'nin görevidir.¹²³

Mahkeme'nin içtihadı da Mahkeme'nin kararlarının uygulanmasındaki rolünü göstermektedir. Mahkeme, çoğu durumda, ilgili devlete, kararını belirli bir süre içinde uygulamak için alınan tedbirler hakkında rapor vermesini emretmiştir. Bunun iyi bir örneği, *African Commission on Human and Peoples' Rights/Libya* davasına ilişkin karardır. Bu dava, Libya'daki¹²⁴ insan hakları durumlarıyla ilgili olarak Mart 2011'de Afrika Komisyonu tarafından Libya'ya karşı açılmış ve Afrika Mahkemesi daha sonra geçici tedbirler almıştır. Afrika Mahkemesi kararında, Libya'dan can kaybı veya fiziksel bütünlüğün ihlali ile sonuçlanacak eylemlerden kaçınmasını ve emrin uygulanması için alınan tedbirler hakkında emrin alındığı tarihten itibaren on beş gün içinde rapor vermesini talep etmiştir.¹²⁵ Benzer bir şekilde, *Anudo Ochieng Anudo/United Republic of Tanzania* davasında Afrika Mahkemesi, davalı devlete, başvuranın ulusal topraklarına dönmeye, korunmasını sağlamasına ve kırk beş gün içinde Mahkemeye bir rapor sunmasına izin vererek haklarını geri vermek için gerekli tüm adımları atmasını emretmiştir.¹²⁶ Benzer şekilde, *Mtikila davasında ve Umuhoza davasında* Mahkeme, devlete, karar tarihinden itibaren altı ay içinde Mahkeme'nin kararına uymak için attığı adımları detaylandıran bir rapor sunmasını emretmiştir.¹²⁷ Afrika Mahkemesi, Lohé Issa Konaté/*Republic of Burkina Faso* davasında da benzer bir yaklaşım benimsemiş ve davalı devletin kararlarını makul bir süre içinde ve her halükarda karar tarihinden itibaren iki yılı geçmemek üzere emirlerini uygulamak için alınan tedbirler hakkında Mahkeme'ye rapor vermesini talep etmiştir.¹²⁸ Mahkeme, aynı davadaki tazminat kararında, davalı devlete, kararın yayınlandığı tarihten itibaren altı ay içinde, kararında belirtilen tüm kararların uygulanma durumu hakkında bir rapor sunmasını emretmiştir.¹²⁹

Bu içtihat bütününe rağmen, devletin Mahkeme'nin kararlarına uyma derecesi hala çok düşüktür. Bu uyumsuzluk, halkın Mahkeme'ye olan güvenini aşındıracak ve Afrika insan hakları sistemine bir katkı olarak etkinliği ve değeri konusunda şüphe uyandıracaktır. Bu nedenle, Mahkeme'nin kıta genelinde insan haklarının ilerlemesini olumlu yönde etkilemesi için, taraf devletler ve AfB'nin siyasi organları ona gerekli siyasi desteği vermelidir.

III. AFRIKA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN ETKİNLİĞİ VE SINIRLILIKLARI

A. Afrika İnsan Hakları Mahkemesi'nin Etkisini Artıran ve Sınırlayan Faktörler

Afrika'da insan haklarının geliştirilmesi için Afrika Mahkemesi'nin etkisini artırabilecek en büyük fırsatlardan biri, Afrika Komisyonu'nun Mahkeme önündeki duruşudur. Komisyon, davaları Mahkeme'ye sunma konusunda koşulsuz hak verilen iki kuruluştan biridir (diğeri Afrika Hükümetlerarası kuruluşlardır).¹³⁰ Mahkeme önünde dava açmasına izin verilen diğerlerin duruşu ise şartlıdır. Örneğin, Mahkeme Protokolü'nün 5(1b-d) maddesinde belirtildiği gibi, bir taraf devletin

¹²³ African Court on Human and Peoples' Rights, Rules of Court, Eylül 1, 2020, Kural 81.

¹²⁴ Dava ilk olarak Mısır Kişisel Haklar Girişimi, Interights, İnsan Hakları İzleme Örgütü, Uluslararası İnsan Hakları Federasyonu ve Libya İnsan Hakları Birliği'nden oluşan beş STK tarafından Afrika Komisyonu'na getirildi. Bu STK'lar, Şubat 2011'de ülke geneline yayılan protestoların ardından Libya'da meydana gelen ağır insan hakları ihlalleriyle ilgili olarak Afrika Komisyonu'na iki başvuruda bulundu (ilk üç STK ortaklaşa Libya aleyhine Komisyon'a şikâyetinde bulundu ve diğer ikisi aynı devlete karşı ayrı bir şikâyetinde bulundu).

¹²⁵ *African Commission on Human and Peoples' Rights v. Great Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, Order for Provisional Measures, para. 25.

¹²⁶ *Anudo Ochieng Anudo v. United Republic of Tanzania*, Judgment, para. 132(ix).

¹²⁷ *Reverend Christopher Mtikila v. The United Republic of Tanzania*, Judgment, para. 46(4); *Ingabire Victoire Umuhoza v. Republic of Rwanda*, Judgment, para. 173(x).

¹²⁸ African Court on Human and Peoples' Rights, *Lohé Issa Konaté v. Republic of Burkina Faso*, Başvuru No. 004/2013, Judgment, Aralık 5, 2014, para. 176(9).

¹²⁹ *Lohé Issa Konaté/Republic of Burkina Faso*, Judgment on Reparations, para. 60(ix).

¹³⁰ Afrika Mahkemesi Protokolü, Madde 5(1a).

Mahkeme'ye dava açma yetkisi, Komisyon'a şikâyetle bulunan bir taraf devlet veya Komisyon'a şikâyetle bulunulan bir taraf devlet veya vatandaşı insan hakları ihlallerinin mağduru olan bir taraf devlet olması şartına bağlıdır.¹³¹ Ayrıca, bireylerden ve STK'lerden farklı olarak, Mahkeme'nin Komisyon'dan dava alma yetkisine ilişkin özel bir beyana gerek yoktur. Bu tür koşulsuz duruş, ilgili devletin Afrika Mahkeme Protokolünü ve Afrika Şartı'nı onayladığı sürece Komisyon'un davaları Mahkeme'ye havale etmesini sağlayacaktır. Buna karşılık, Mahkemeye, Afrika Mahkeme Protokolü'nün 34(6) maddesi uyarınca beyanda bulunmayan devletlerle ilgili davaları alma fırsatı verecektir. *African Commission on Human and Peoples' Rights/Libya* davada durum budur. Libya, Afrika Mahkeme Protokolü'nün 34(6) maddesi uyarınca özel bir beyanda bulunmamış olsa da Libya'nın hem Afrika Mahkeme Protokolü'ne hem de Afrika Şartı'na taraf bir devlet olması nedeniyle Komisyon konuyu Mahkeme'ye havale etmiştir.¹³² Buna ek olarak, Komisyon'un bu koşulsuz duruşu, Mahkeme'nin Komisyon'un tavsiye niteliğindeki bulgularını bağlayıcı kararlara dönüştürmesine de olanak sağlayacaktır. Bu durum, Afrika Komisyonu İçtüzüğü'nün 118(1) Kuralında açıkça belirtilmiştir. Bu kural, bir devletin kural 112'de belirtilen süre içinde Komisyon kararına uymak istememesi halinde, Komisyonun Protokolün 5(1a) maddesi uyarınca davayı Afrika Mahkemesine sunabileceğini ve tarafları buna göre bilgilendirebileceğini öngörmektedir.¹³³

Diğeri ise Mahkemenin geniş bir konu bakımından yetkisinin varlığıdır. Afrika Mahkeme Protokolü'nün 3. maddesi uyarınca, Afrika Mahkemesi, Afrika Şartı'nın, Afrika Mahkeme Protokolü'nün ve ilgili devletler tarafından onaylanan diğer ilgili insan hakları belgelerinin yorumlanması ve uygulanmasıyla ilgili olarak kendisine sunulan tüm davaları ve anlaşmazlıkları değerlendirme yetkisine sahiptir. Bu genişletilmiş yargı yetkisi, Mahkeme'ye, Afrika Şartı'nda açıkça tanınmayan, ancak ilgili devletler tarafından onaylanan diğer ilgili insan hakları belgelerinde yer alan hak ihlallerini değerlendirme fırsatı vermektedir.

Afrika'daki insan hakları sistemini güçlendirme potansiyeline rağmen, Mahkemenin Afrika'da insan haklarının geliştirilmesi konusundaki etkisini sınırlayabilecek bir dizi faktör bulunmaktadır. Birincisi, Afrika Mahkeme Protokolü'nün geniş çapta onaylanmamış olmasıdır. Haziran 2024 itibarıyla, 54 AfB Üye Devletinden sadece 34'ü Protokolü onaylamıştır. Başka bir deyişle, Mahkeme, Protokolünü onaylamayan 54 AfB Üye Devletinden 20'si üzerinde herhangi bir yargı yetkisi kullanamaz, çünkü Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 34. maddesinde belirtildiği gibi, bir antlaşma üçüncü bir devlet için rızası olmadan ne yükümlülük ne de haklar yaratmaktadır. Bu da Afrika Mahkemesi'nin koruyucu görevini yerine getirme yeteneğinin, Protokol'ün yaygın olarak onaylanmaması nedeniyle engellenmeye devam edeceği anlamına gelmektedir.¹³⁴

Diğer faktör, yargı yetkisinin bireyler ve STK'lar için sınırlı erişilebilirliğidir. Kuruluş Protokolü, bireylerin ve STK'ların, ancak aleyhine şikâyetle bulundukları devletin, Mahkeme'nin bu yolla açılan davaları alma yetkisini kabul eden özel bir beyanda bulunması halinde Mahkeme önüne dava açmalarına izin vermektedir.¹³⁵ Bu, Mahkeme'nin birincil yararlanıcılarının ve kullanıcılarının Afrika Komisyonu, bölgesel hükümetler arası kuruluşlar veya taraf devletler değil, bireyler ve STK'lar olmasına rağmen yapılmıştır. Bu nedenle, bu sınırlı erişilebilirlik, Afrika'daki çoğu STK ve insan hakları ihlali mağdurunun Mahkemeye erişmesi için çok zor olacaktır. Bu durum, Mahkeme'nin daha fazla davaya bakma ve kıta genelinde insan haklarının korunmasını ve geliştirilmesini sağlama görevini yerine getirerek Afrika'da insan haklarının geliştirilmesine katkıda bulunma yeteneğini sınırlayacaktır. Bu

¹³¹ Afrika Mahkemesi Protokolü, Madde 5(1b-d).

¹³² Libya, Temmuz 19, 1986'da Afrika Şartı'nı ve Kasım 19, 2003'te Afrika Mahkemesi Protokolünü onaylanmıştır.

¹³³ African Commission's Rules of Procedure, (2010), Kural 118(1).

¹³⁴ International Justice Resource Center, *Advocacy before the African Human Rights System: A Manual for Attorneys and Advocates Preventing and Remediating Human Rights Violations through the International Framework*, (2016), 115. <https://ijrcenter.org/wp-content/uploads/2016/11/Advocacy-before-the-African-Human-Rights-System.pdf> erişim tarihi: Mayıs 20, 2024.

¹³⁵ Afrika Mahkemesi Protokolü, Madde 5(3) ve Madde 34(6).

nedenle, devletin özel beyanda bulunmaması, Mahkeme'nin hakları ihlal edilenlere yargısal koruma sağlama birincil amacını yerine getirme kapasitesini ciddi şekilde sınırlamaktadır.

Yukarıda belirtildiği gibi, Afrika Mahkemesi'nin bireylerden ve STK'lardan davaları alma yetkisi, bir taraf devletin bu yolla açılan davaları alma yetkisini kabul eden özel beyanının varlığına bağlıdır. Bu durum, devletlerin bu tür özel beyanları geri çekme uygulaması¹³⁶ ve devletlerin bunu Afrika Mahkemesi'nin yargı yetkisini reddetmek için bir savunma olarak kullanmaya sürekli güvenmeleri nedeniyle tehdit altındadır. Örneğin, *XYZ/Republic of Benin* davasında, davalı devlet, Afrika Mahkeme Protokolü'nün 34(6) maddesinde öngörüldüğü şekilde yapılan özel beyanı geri çektiğini ve Mahkeme'nin artık bireyler veya STK'ları tarafından kendisine karşı yapılan yeni başvuruları kabul etme yetkisine sahip olmadığını belirterek Mahkeme'nin yargı yetkisine itiraz etmektedir.¹³⁷ Mahkeme'nin Afrika kıtasında insan haklarını koruma yetkisinin, ortaya çıkan bu geri çekilme eğilimi nedeniyle tehlikede olduğu tartışılmaz. Bu durum pratikte Mahkeme'nin Afrika'da insan haklarının korunmasında önemli bir role sahip olmasına rağmen, korumasının fiili kapsamının kıtadaki yalnızca sekiz ülkeyi kapsadığı anlamına gelir. Geriye kalan sekiz devlete ve geri çekilen dört devlete karşı kaç dava açıldığını düşünersek, bu şüphesiz doğrudur. Yani, 2020 itibarıyla Afrika Mahkemesi'nden çekilen dört devlet, Mahkeme önündeki toplam davanın yaklaşık %85'ini oluştuyordu; davaların geri kalan %15'i geri kalan sekiz devlete karşı açılmıştır.¹³⁸ Adjolohoun'un doğru bir şekilde belirttiği gibi, devletler tarafından özel beyanların geri çekilmesi, yalnızca Afrika Mahkemesi'nin kişisel bakımından yetkisini değil, aynı zamanda otoritesini ve meşruiyetini de kısıtlayacaktır.¹³⁹ Bu nedenle, Afrika Mahkemesi'nin Afrika'da insan haklarının ilerlemesine etkin katkısını etkileyebilecek diğer faktör, üye devletlerin özel beyanları geri çekmesidir.

Taraf Devletlerin, Afrika Mahkeme Protokolü uyarınca, 34(6) maddesi uyarınca beyanlarını yaparken veya geri çekerken eylemleri için bir gerekçe sunmaları gerekmemektedir. Ancak, Fildişi Sahili hariç, beyanlarını geri çeken diğer tüm devletler kararları için bir açıklama yapmışlar. Aslında bu devletler, egemenliklerine müdahale ettiklerini iddia ettikleri olumsuz kararların ardından özel beyanlarını geri çekmişler. Örneğin, Ruanda, Ingabire Victoire Umuhoza'nın kendisini adaletten kaçan bir soykırım hükümlüsü olarak gördüğünü iddia ederek Mahkeme'ye şikâyetle bulunmasına yanıt olarak 34(6) madde kapsamındaki beyanını geri çekmiştir. Ruanda'ya karşı *Ingabire Victoire Umuhoza davasının* ön duruşma prosedürleri sırasında yapılan geri çekilme beyanında belirtildiği gibi, Ruanda, 34(6) maddesinin bir soykırım hükümlüsüne Afrika Mahkemesi'ne erişim hakkı vereceğini hiçbir zaman öngörmediğini belirtmiştir.¹⁴⁰

Madde 34(6) uyarınca beyanını geri çeken ikinci devlet olan Tanzanya da "beyanın *Tanzanya Birleşik Cumhuriyeti'nin beyanını yaparken sunduğu çekincelere aykırı olarak uygulandığını*" belirterek

¹³⁶ Aralık 20, 2023 itibarıyla, böyle bir özel beyanda bulunan on iki devletten dördü bunu geri çekmiştir. Özel beyanlarını geri çeken dört devlet, 2016'da Ruanda, 2019'da Tanzanya ve 2020'de Fildişi Sahili ve Benin'dir. Bireysel başvurular konusunda hala mahkemenin yargı yetkisine tabi olan diğer sekiz devlet Burkina Faso, Gambiya, Gana, Gine-Bissau, Mali, Malavi, Nijer ve Tunus'tur. Bu konuda Mahkeme'nin resmi internet sitesine bkz., <https://www.african-court.org/wpafc/welcome-to-the-african-court/> erişim tarihi: Aralık 20, 2023.

¹³⁷ African Court on Human and Peoples' Rights, *XYZ v. Republic of Benin*, Başvuru No. 003/2021, Ruling on Provisional Measures, Aralık 18, 2023, para. 8.

¹³⁸ Bu konuda bkz. Sègnonna H. Adjolohoun, "A Crisis of Design and Judicial Practice? Curbing State Disengagement from the African Court on Human and Peoples' Rights," *African Human Rights Law Journal* 20, no. 1 (2020): 2-3. <http://dx.doi.org/10.17159/1996-2096/2020/v20n1a1>.

¹³⁹ Adjolohoun, "A Crisis of Design and Judicial Practice?," 5.

¹⁴⁰ Withdrawal for review by the Republic of Rwanda from the Declaration made under article 34(6) of the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African court on Human and Peoples' Rights, <https://www.african-court.org/wp-content/uploads/2020/10/Withdrawal-Rwanda.pdf> erişim tarihi: Mayıs 22, 2024.

geri çekilmesini gerekçelendirmiştir.¹⁴¹ Tanzania yaptığı açıklamada, "Mahkeme, Komisyon nezdinde gözlemci statüsüne sahip STK'lar ve bireylere, Afrika Mahkeme Protokolü'nün 34(6) maddesi uyarınca doğrudan kendi önünde dava açma hakkı verebilir. Bununla birlikte, Afrika Mahkeme Protokolü'nün 5(3) maddesine hâlel getirmeksizin, bu tür bir hak ancak tüm iç hukuk yolları tüketildikten ve Tanzania Birleşik Cumhuriyeti Anayasası'na uygun olarak bu tür STK'lara ve bireylere verilmelidir"¹⁴² (Vurgu eklenmiştir). *"Bu tür bir yetkinin ancak tüm iç hukuk yolları tüketildikten ve Tanzania Birleşik Cumhuriyeti Anayasası'na uygun olarak bu tür STK'lara ve bireylere verilmesi gerektiğini"* belirten son ifadesi, Tanzania'nın çekince olduğunu iddia ettiği şeydir; ancak, bu çekincelerin sorgulanabilir olmasının iki nedeni vardır. İlk olarak, yerel hukuk yollarının tüketilmesine ilişkin çekince, Mahkeme'nin Afrika Şartı'nın 56(5) maddesi ile birlikte Afrika Mahkeme Protokolü'nün 6(2) maddesi ve Mahkeme Usul Kurallarının 50(2e) Kuralı uyarınca tespit etmesi gereken bir kabul edilebilirlik koşulu olarak zaten tanımlanmış bir çekincedir. İkinci olarak, bireylerin ve STK'ların Mahkeme'ye doğrudan erişimlerini Tanzania Birleşik Cumhuriyeti Anayasası'na bağlılıklarıyla sınırlayan çekince, Anayasa'nın onaylanmış uluslararası anlaşmalara uygunluğuna itiraz etmek de dahil olmak üzere, bildirgenin bireylerin ve STK'ların Mahkeme'ye doğrudan erişimini sağlama ana hedefine aykırıdır. Ayrıca, bir tarafın bir antlaşma yükümlülüğüne uymamasını mazur göstermek için iç hukukun kullanılmasını yasaklayan Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 27. maddesini de ihlal etmektedir.

Beyanını geri çeken üçüncü devlet, Mart 25, 2020 tarihli geri çekilme bildiriminde, Mahkeme'nin yetkisi dışındaki alanlara müdahalesinin ulusal hukuk düzenini ciddi şekilde bozduğunu ve ülkenin ekonomik cazibesi üzerinde zararlı bir etkisi olan yasal belirsizlik yarattığını iddia eden Benin Cumhuriyeti'dir.¹⁴³

Kıtadaki insan haklarını koruma çabaları, Afrika Mahkemesi'nin geniş konu bakımından yetkisinden yararlanabilir, ancak Mahkeme'nin karar vermede aşırı proaktif olması durumunda Üye Devletlerin desteği kaybolabilir.¹⁴⁴

Afrika Mahkemesi'nin karşı karşıya olduğu bir diğer önemli engel, devletin kararlarına düşük düzeyde bağlılığıdır. Birçok durumda, Devletler, insan hakları ihlallerini gidermek için Mahkeme tarafından emredilen önlemleri uygulamaya koymayı geciktirmiştir. Ve yukarıda belirtildiği gibi, bazı Devletler, Mahkeme'nin kendilerini memnun etmeyen kararlarına tepki olarak 34(6) beyanlarını geri çekecek kadar ileri gitmişler. Mahkeme'ye yönelik bu saldırılar, hem daha önce kendilerine sağlanan yasal bir yola erişimlerini kaybeden etkilenen bireyler hem de kıta genelinde insan haklarının korunması için önemli gerilemeleri temsil etmektedir.¹⁴⁵ Aslında, Afrika Mahkeme Protokolü'nün 30. maddesi uyarınca, taraf devletlerin mahkemenin kararına uymasını ve kararın uygulanmasını garanti etmesini gerektirmektedir ve aynı Protokol'ün 31. maddesinde belirtildiği gibi, Mahkeme'nin, devletlerin kararlarına uymadığı durumları her olağan oturumda AfB Meclisi'ne bildirmesi gerekmektedir. Buna göre, Afrika Mahkemesi, devletlerin kararlarına uymamasına ilişkin ayrıntıları sağlayan bu tür raporları düzenli olarak hazırlamıştır. Bununla birlikte, AfB siyasi organları, Mahkeme'nin doğası gereği

¹⁴¹ Notice of Withdrawal of the Declaration made under Article 34(6) of the Protocol to the African Charter on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights, https://www.african-court.org/wpafc/wp-content/uploads/2020/10/Withdrawal-Tanzania_E.pdf erişim tarihi: Mayıs 22, 2024.

¹⁴² Declaration of the United Republic of Tanzania, https://www.african-court.org/wpafc/wp-content/uploads/2020/10/Declaration_Tanzania.pdf erişim tarihi: Mayıs 22, 2024.

¹⁴³ Centre for Human Rights, "Centre for Human Rights Expresses Concern about the Withdrawal of Direct Individual Access to the African Court by Benin and Côte D'ivoire", *Press Statement*, Mayıs 5, 2020, 2. https://www.chr.up.ac.za/images/centrenews/2020/Centre_for_Human_Rights_expresses_concern_about_the_withdrawal_of_direct_individual_access_to_the_African_Court_by_Benin_and_Cote_dIvoire.pdf erişim tarihi: Mayıs 22, 2024; Ayrıca bkz. Adjolohoun, "A Crisis of Design and Judicial Practice?," 12.

¹⁴⁴ Reventlow and Curling, "The Unique Jurisdiction of the African Court on Human and People's Rights," 209.

¹⁴⁵ Amnesty International, "Why the African Court Should Matter to You", (2023). <https://www.amnesty.org/en/latest/campaigns/2023/06/why-the-african-court-should-matter-to-you/> erişim tarihi: Mayıs 22, 2024.

bağlayıcı olan kararlarının derhal devlet eylemleri tarafından takip edilmesini sağlamada yeterince proaktif olmamıştır.¹⁴⁶ 2020 yılı itibarıyla, Mahkeme'nin kararlarına tam uyum düzeyi sadece %7'dir, başvuruların %18'inde Mahkeme kararlarına kısmen uyum, %75'inde ise Mahkeme kararlarına uyumsuzluk söz konusudur. Ayrıca, Mahkeme'nin geçici tedbirlere ilişkin kararlarına %10 oranında uyum sağlanmıştır.¹⁴⁷ Mahkeme kararlarının çok düşük düzeyde uygulanması, AfB Üye Devletlerinin, halklarının yararına etkili bir yargısal insan hakları koruma sisteminin kurulmasını sağlayan Afrika Mahkemesini kurarken verdikleri taahhütle çelişmektedir.¹⁴⁸ Mahkeme'nin kararlarına bu sistematik uyumsuzluk veya kısmen uyum, halkın Mahkeme'ye olan güvenini aşındıracak ve Afrika Mahkemesi'nin insan hakları sistemine etkinliği ve katma değeri konusundaki güvenilirliğini baltalayacaktır.¹⁴⁹

Afrika Komisyonu'nun Afrika Mahkemesi'ne sınırsız erişimini kullanmaması, Afrika Mahkemesi'nin Afrika'da insan haklarını ilerletme yeteneğini engelleyebilecek bir başka faktördür. Önceki bölümde açıklandığı gibi, aleyhine başvuru yapılan devlet Afrika Mahkemesi Protokolünü onayladığı sürece, Afrika Komisyonu, Afrika Mahkemesinin çekışmeli yargı yetkisine sınırsız erişim hakkına sahip olan organlardan biridir. Böyle bir olasılığa rağmen, Afrika Komisyonu davaları Mahkemeye havale etme konusunda fazla bir istek göstermemektedir. Afrika Mahkemesi'nin kuruluşundan bu yana, Afrika Komisyonu Afrika Mahkemesi'ne yalnızca üç dava sunmuştur.¹⁵⁰ Bu nedenle, Afrika Komisyonu'nun sahip olduğu yasal fırsatı kullanmadaki bu başarısızlığı, Afrika Mahkemesi'nin Afrika'da insan haklarının ilerlemesindeki rolünü etkilemektedir.

Afrika Mahkeme Protokolü'nün 15(4) ve 21(2) maddelerinde belirtildiği gibi, yalnızca Mahkeme başkanı tam zamanlı olarak görev yapıp geri kalan on yargıç yarı zamanlı olarak görev yapmaktadır. Sonuç olarak, Mahkeme işlerini yılda dört kez gerçekleşen ve her biri dört hafta süren olağan oturumlar halinde yürütmektedir. Dahası, Başkan, kendi inisiyatifiyle ya da yargıçların çoğunluğunun talebi üzerine Olağanüstü Oturumlar düzenleyebilir.¹⁵¹ Bu zaman başına düzenleme, iş yükü arttığında Mahkeme'nin genel etkinliği üzerinde olumsuz bir etkiye sahip olacaktır. Afrika insan hakları sisteminin genel etkinliği için tam zamanlı bir mahkemenin gerekli olduğu göz önüne alındığında, bir mahkemeye sahip olmak ihtiyatlı olacaktır. Aslında, Meclis, Afrika Mahkeme Protokolü'nün 15(4) maddesinin ikinci fıkrasında belirtildiği gibi, gerekli görüldüğü takdirde, bu düzenlemeyi (zaman başına düzenlemeyi) değiştirmeye yetkilidir. Tam zamanlı bir mahkemeye sahip olmanın masraflarda önemli bir artışa neden olacağını belirtmekte fayda var. Ancak, katkısı göz önüne alındığında, ihtiyaç duyulan harcamalar haklıdır.

Mahkeme kararlarının uygulanmasından sorumlu bağımsız bir organın olmaması, Afrika Mahkemesi'nin kıtada insan haklarının ilerlemesindeki olumlu etkisini sınırlayabilecek bir başka engeldir. Mahkemenin herhangi bir kararının etkinliği, AfB'nin siyasi iradesine bağlıdır. Daha önce belirtildiği gibi, Meclis, Mahkeme kararının uygulanmasını denetlemekle görevlidir ve Bakanlar Konseyi, Afrika Mahkeme Protokolü'nün 29(2) maddesi uyarınca Meclis adına bu görevi yerine getirmekle görevlidir. Bağımsız bir organın olmaması ve siyasi organa büyük ölçüde güvenilmesi, Mahkeme'nin etkisini etkileyecektir. *African Commission/Libya* davasında olan budur. AfB üye devletleri arasında Libya kriziyle başa çıkma yolları konusunda var olan anlaşmazlık nedeniyle, AfB mahkemenin kararını desteklemedi ve sonuç olarak bu kritik durumda insan haklarını

¹⁴⁶ Amnesty International, "Why the African Court Should Matter to You".

¹⁴⁷ African Union, "Conference on the Implementation and Impact of the Decisions of the African Court on Human and Peoples," *The Dar Es Salaam Communiqué*, (2021), para. 9.

¹⁴⁸ African Union, "Conference on the Implementation," para. 7.

¹⁴⁹ African Union, "Conference on the Implementation," para. 10.

¹⁵⁰ Üç dava şunlardır: *African Commission on Human and Peoples' Rights/Great Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya* (Başvuru 002/2013); *African Commission on Human and Peoples' Rights/The Republic of Kenya* (Başvuru No. 006/2012); ve *African Commission on Human and Peoples' Rights/Great Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya* (Başvuru 004/2011).

¹⁵¹ Rules of Court, Kural 22(1) ve 23(1).

koruyamamıştır. Bu durum, AfB içindeki siyasi farklılıkların, Afrika Mahkemesi'nin yaklaşmakta olan insan hakları ihlalleri durumlarındaki potansiyel olumlu etkisini potansiyel olarak nasıl etkisiz hale getirebileceğini göstermektedir.¹⁵²

SONUÇ

Afrika Birliği Örgütü (ABÖ)'nün kurulması, kurucu Şartı'nın insan haklarına vurgu yapmamasına rağmen, Afrika'daki mevcut insan hakları koruma çerçevesine yönelik temel bir adımdı. Bununla birlikte, Afrika'daki insan haklarının evrimi, ABÖ'nün AfB'ye dönüşümüyle derinden etkilenmiştir. Bu değişim, ciddi insan hakları ihlallerine müdahale edilmesine izin veren, karışmama ilkesinden kayıtsız kalmama ilkesine önemli bir geçişi işaret etmektedir. Afrika insan hakları sistemi, 1981'de Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın kabul edilmesiyle kurulmuştur. Afrika Şartı, medeni ve siyasi haklar, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar ile halkların hakları ve bireysel görevleri kapsayan bütüncül yaklaşımıyla benzersiz bir insan hakları belgesi olarak öne çıkmaktadır. Bu kapsayıcılık hem bireysel hem de kolektif boyutları bütünleştiren insan haklarına yönelik bir Afrika bakış açısını yansıtmaktadır. Kapsamlı doğasına rağmen, Afrika Şartı sınırsız değildir. Çalışma hakkı gibi belirli hakların dar tanımları ve özel hayatın gizliliği hakkı ile sosyal güvenlik hakkı gibi diğerlerinin ihmal edilmesi, kapsamındaki boşlukları vurgulamaktadır. Ayrıca, geri çekilme hükümlerinin varlığı, iç hukuklara dayalı olarak hakların kısıtlanabilmesine olanak tanır ve bu durum Afrika Şartı'nın sunduğu korumayı zayıflatabilir.

Afrika Şartı, hükümlerinin uygulanmasını denetlemek için Afrika Komisyonu'nu kurmuştur. Bu koruma sistemi, 1998'de Afrika Mahkemesi'nin kurulmasıyla daha da güçlendirilmiştir. Kıtada insan haklarına başlangıçta yeterince önem verilmemesine rağmen, Mahkeme'nin kurulması çok önemli bir gelişmeyi işaret etmektedir. Mahkeme, Afrika Komisyonu'nun eksikliklerini gidermek ve koruma görevini güçlendirmek amacıyla Komisyonu'nun tamamlayıcı niteliktedir. Afrika Mahkeme'nin bağlayıcı karar verme yetkisi, devletlerin insan hakları ihlallerinden sorumlu tutulmasını ve mağdurların uygun çözümler almasını sağlar. Bu nedenle Mahkeme, kıta genelinde insan haklarının geliştirilmesinde çok önemli bir rol oynamaktadır.

Afrika Mahkemesi'nin devletler tarafından onaylanan çeşitli insan hakları belgeleri hakkında bağlayıcı kararlar verme yetkisi, diğer yargı dışı antlaşma izleme organlarına kıyasla etkisini önemli ölçüde artırmaktadır. Hukuken bağlayıcı kararları, insan haklarının korunmasına yardımcı olmanın yanı sıra ulusal düzeyde kurumsal ve yasal reformları teşvik edecektir. Mahkeme'nin içtihadı, Afrika Şartı'nın ve diğer insan hakları antlaşmalarının birbirine uygun şekilde uygulanması için standartlar belirler ve bu sayede bir davaya dahil olan tarafların ötesinde etki alanını genişletir. Ayrıca, Mahkeme, ulusal mekanizmaların başarısız olduğu durumlarda insan hakları ihlallerinin mağdurları için bir güvenlik ağı görevi görmektedir. Bireyler ve STK'lar için Mahkeme'ye erişim sınırlı olsa da yargı yetkisi altındaki devletlerde tazminat için önemli bir yol olmaya devam etmektedir. Mahkeme, mağdurlara adalet sağlayarak ve gelecekteki ihlalleri caydırarak, insan haklarının korunmasını güçlendirmekte ve kıta genelinde hesap verebilirliği teşvik etmektedir.

Çözüm yolları açısından, Afrika Mahkemesi, diğerlerinin yanı sıra iade, tazminat, rehabilitasyon, tatmin ve tekrarlanmama garantilerini içeren tazminat sağlama konusunda açıkça yetkilendirilmiştir. Bu kapsamlı çözüm yaklaşımı, mağdurların çektikleri acılar için yeterli ve etkili bir şekilde telafi edilmesini sağlar. Mahkeme'nin içtihatlarında da görüldüğü gibi, çeşitli tazminat biçimlerine hükmetme konusundaki esnekliği, insan hakları ihlallerini kapsamlı bir şekilde ele alma taahhüdünün altını çizmektedir.

Konu bakımından yargı yetkisi ile ilgili olarak, Afrika Mahkemesi geniş ve esnek bir yaklaşım benimsemektedir. Karar verirken, Afrika Şartı'na öncelik verirken sıklıkla bir dizi insan hakları belgesini dikkate almaktadır. Uygulanabilir hukuklara yaklaşımı, bölgesel insan hakları standartlarını uluslararası normlarla uyumlu hale getirme taahhüdünü göstermektedir. Mahkeme, Afrika Şartı, diğer bölgesel

¹⁵² Cartes JB Cartes Rodríguez ve Íñigo L Álvarez, "The Case Law of the African Court on Human and Peoples' Rights in Libya following the Arab Uprisings: Lessons Learned for the Consolidation and Legitimation of the Court," *African Human Rights Law Journal* 20, no. 1 (2020): 98. <http://dx.doi.org/10.17159/1996-2096/2020/v20n1a3>.

belgeler ve uluslararası antlaşmalar da dahil olmak üzere çok çeşitli hukuki kaynaklardan yararlanarak, insan hakları hukukuna ilişkin incelikli ve kapsamlı bir anlayış sergilemektedir. Bu yaklaşım sadece Mahkeme'nin meşruiyetini ve otoritesini güçlendirmekle kalmaz, aynı zamanda kararlarının geniş ve sağlam bir hukuki çerçeveye dayanmasını da sağlamaktadır.

Afrika Mahkemesi, hakların normatif içeriğini belirlerken, Afrika'da insan haklarının korunmasını ilerletme taahhüdünün altını çizen çeşitli yaklaşımlar kullanmıştır. Bu yaklaşımlar, zımni haklar teorisi yaklaşımı, etkili kural yaklaşımı, teleolojik yaklaşım, çapraz referanslama yaklaşımı, çapraz aşılama yaklaşımı ve iddia edilen mağdur merkezli yaklaşımdan oluşmaktadır. Bu yaklaşımlar aracılığıyla Mahkeme, boşlukları doldurmaya ve ortaya çıkan insan hakları zorluklarına yanıt vermeye çalışmıştır. Örneğin, Afrika Mahkemesi, zımni haklar teorisi yaklaşımını uygulayarak, ücretsiz adli yardım hakkı ve vatandaşlık hakkı gibi Afrika Şartı'nda açıkça tanınmayan haklar için korumayı genişletmiştir. Bu yaklaşım, Şarta ilişkin boşlukları doldurma ve yeni gelişmelerle başa çıkma konusunda yardımcı olurken, hukuki yorumlarda öngörülemezliğe ve istikrarsızlığa yol açabilir. Öte yandan, Afrika Mahkemesi, etkili kural yaklaşımını kullanarak, Afrika Şartı'nın hükümlerinin bütünlüğünü ve etkinliğini korumaya çalışır. Bu yaklaşım, hükümlerin anlamlarını koruyarak onlara maddi anlam kazandırmayı ve anlamsız hale getirmemeyi amaçlar.

Afrika Mahkemesi, Mahkeme'nin Afrika Şartı'nın nesnesine ve amacına odaklanarak lafzi yorumların ötesine geçmesine izin veren teleolojik yaklaşımı da kullanmıştır. Bu yaklaşım, antlaşma hükümlerinin amaçlanan hedefleriyle tutarlı bir şekilde yürürlüğe girmesini sağlamaktadır. Afrika Mahkemesi, çapraz referans yaklaşımını uygulayarak, kararlarını bildirmek için çeşitli yasal kaynaklardan yararlanmaya istekli olduğunu da göstermiştir. Bu yaklaşım, Mahkeme'nin Afrika Şartı kapsamındaki hakları yorumlamak için kullanmıştır. Çapraz aşılama, Afrika Mahkemesi'nin önüne getirilen davalarla ilgili karar verirken kullandığı diğer yaklaşımdır. Afrika Mahkemesi bu yaklaşımı kullanarak uluslararası içtihatlardan yararlanmış ve yorumlarını zenginleştirmiştir. Bu, *Lohé Issa Konaté/Burkina Faso* ve *Ingabire Victoire Umuhoza/Rwanda* gibi davalarda örneklendirilmiş ve Mahkeme, ifade özgürlüğü ve vatandaşlık hakkı gibi karmaşık konuları ele almak için bu kuruluşlardan gelen görüşleri entegre etmiştir. Afrika Mahkemesi tarafından kullanılan diğer yaklaşım, iddia edilen mağdur merkezli yaklaşımdır. İnsan hakları antlaşmalarının mağdurlar lehine yorumlanmasına büyük önem vermektedir. Bu yaklaşım, *Armand Guehi/Tanzania* ve *Norbert Zongo ve diğerleri/Burkina Faso* gibi davalarda açıkça görülmektedir. Bu davalarda Mahkeme, açık anlaşma hükümlerinin yokluğunda bile mağdurların haklarının korunmasına ve savunulmasına öncelik vermiştir.

Afrika Mahkemesi'nin tüm bu farklı yorumlayıcı yaklaşımları, Afrika bağlamında adaleti sağlama taahhüdünü yansıtmaktadır. Bu yaklaşımlar, Afrika Mahkemesi'nin karmaşık hukuki sorunları ele alma yeteneğini geliştirmekle kalmaz, aynı zamanda kıta genelinde insan hakları standartlarının ilerici gelişimine de katkıda bulunmaktadır. Bununla birlikte, bu ilerici yaklaşımlara rağmen, önemli zorluklar vardır. Örneğin, zımni haklar teorisi, üye devletlerin yasal belirsizliğine ve direnişine neden olabilir, bu da onları Afrika Mahkeme Protokolünü onaylamaktan veya 34(6) maddesi uyarınca bir beyanda bulunmaktan caydırabilir. Afrika Şartı'nda açık yetki olmaksızın dış içtihatlarla güvenmek de yargının aşırıya kaçmasına ilişkin endişeleri artırabilir.

Afrika Mahkemesinin etkinliği sadece karar verme kapasitesine değil, aynı zamanda bu kararların uygulanmasına ve bunlara uyulmasına da bağlıdır. Afrika Mahkeme Protokolü, özellikle madde 29, 30 ve 31, devlet yükümlülükleri ve AfB içindeki çeşitli organların uyumu denetlemedeki rolleri için bir çerçeve oluşturur. Bununla birlikte, Mahkeme'ye Protokol tarafından kararlarının uygulanmasını garanti altına almak için açık bir yetki verilmemiştir. Mahkeme'nin bu yetkisi, usul ve uygulama kurallarından kaynaklanmaktadır. Raporlama ve takip tedbirleri yoluyla devletin uyumunu sağlamayı amaçlayan bu hükümlere ve Mahkeme'nin içtihadına rağmen, genel uyum oranı hayal kırıklığı yaratacak kadar düşük kalmaktadır. Bu uyumsuzluk, Mahkeme'nin güvenilirliğini ve kıtadaki daha geniş insan hakları çerçevesini baltalamaktadır. Mahkemenin Afrika'daki insan hakları ilerlemeleri için güçlü bir katalizör görevi görmesi için hem taraf devletlerden hem de AfB'nin siyasi kurumlarından sağlam bir siyasi destek alması gerekmektedir. Kararlara yalnızca saygı duyulmasını değil, aynı zamanda etkili bir şekilde uygulanmasını sağlamak, kamu güvenini korumak ve Mahkeme'nin Afrika'da insan haklarını teşvik etme ve korumadaki rolünü güçlendirmek için çok önemlidir.

Afrika Mahkemesi, kıta genelinde insan haklarını ilerletme arayışında hem önemli fırsatlar hem de dikkate değer zorluklar sunmaktadır. Bir yandan, Afrika Komisyonu'nun Mahkeme önündeki duruşu ve Mahkeme'nin kapsamlı konu yargı yetkisi, insan haklarının korunmasına ve geliştirilmesine önemli katkılarda bulunma potansiyelini artırmaktadır. Komisyon'un davaları koşulsuz olarak havale etme ve tavsiye niteliğindeki bulgularını bağlayıcı kararlara dönüştürme yeteneği, Mahkeme'nin erişimini ve etkisini genişletmektedir. Bununla birlikte, çeşitli faktörler Mahkeme'nin etkinliğini sınırlamaktadır. Afrika Mahkemesi Protokolü'nün az sayıda AfB üye devleti tarafından onaylanması, özel beyanların gerekliliği nedeniyle bireyler ve STK'lar için kısıtlı erişilebilirlik ile birleştiğinde, Mahkeme'nin yargı yetkisini engellemekte ve korumasına en çok ihtiyaç duyanlara hizmet etme kabiliyetini azaltmaktadır. Devletlerin bu özel beyannameleri geri çekme eğilimi, Mahkeme'nin erişimini daha da kısıtlamakta ve otoritesini ve meşruiyetini baltalamaktadır. Buna ek olarak, devletin Mahkeme'nin kararlarına uyumunun düşük olması, Afrika Komisyonu'nun sınırsız erişimini yeterince kullanmaması, Mahkeme yargıçlarının yarı zamanlı düzenlemesi ve Mahkeme'nin kararları için bağımsız bir denetleme mekanizmasının olmaması önemli engellerdir. Bu faktörler toplu olarak Mahkeme'nin etkinliğini azaltmakta ve insan haklarını koruma becerisine olan güveni aşındırmaktadır.

Afrika Mahkemesinin etkisini en üst düzeye çıkarmak için bu zorlukların ele alınması zorunludur. Protokol'ün daha fazla onaylanması, devletlerin özel beyanlarını sürdürmeye teşvik edilmesi, Mahkeme'nin tam zamanlı çalışmasının sağlanması ve bağımsız bir denetleme mekanizmasının kurulması, Mahkeme'nin görevini yerine getirme kapasitesini önemli ölçüde artırabilir. Afrika Mahkemesi, bu sınırlamaların üstesinden gelerek, daha adil ve eşitlikçi bir kıtayı teşvik ederek Afrika genelinde insan haklarının sağlam bir koruyucusu olarak daha iyi hizmet verebilir.

Afrika Mahkemesi, Afrika'da insan haklarının geliştirilmesinde çok önemli bir rol oynamaktadır. Bu amaçla Mahkeme hem uygulanacak hukukun seçiminde hem de hakların normatif içeriğinin belirlenmesinde çeşitli yaklaşımlar kullanmıştır. Mahkeme'nin çabalarına rağmen, kıtadaki insan haklarının ilerlemesinde etkileyen birkaç faktör bulunmaktadır. Bu nedenle, olumlu etkisini artırmak için aşağıdaki öneriler sunulmaktadır:

- AfB üye devletlerinin üçte birinden fazlasının Afrika Mahkeme Protokolünü onaylamaması, Afrika Mahkemesinin Afrika insan hakları sistemini geliştirmedeki etkisini sınırlayabilecek faktörlerden biridir. Haziran 28, 2024 itibarıyla, yalnızca 34 Afrika devleti Afrika Mahkemesi Protokolünü onaylamıştır, bu da Afrika Mahkemesinin bunu yapmayan diğer 20 AfB üye devleti üzerinde yetkisi olmadığı anlamına gelmektedir. Başka bir deyişle, Afrika Mahkemesi'nin koruyucu görevini yerine getirme yetkisi, Protokol'ün yaygın olarak onaylanmaması nedeniyle engellenmeye devam edecektir. Bu nedenle, Mahkeme Protokolünü henüz onaylamamış olan Afrika devletlerinin bunu mümkün olan en kısa sürede yapmaları tavsiye edilir. Bu amaçla, tüm AfB üye devletleri tarafından tam onay almak için savunuculuk ve diplomatik çabalar yoğunlaştırılmalıdır.

- Haziran 28, 2024 itibarıyla, bireylerin ve STK'ların Afrika Mahkemesine doğrudan erişmesi için Afrika Mahkeme Protokolü'nün 5(3) ve 34(6) maddesi uyarınca gerekli beyanı yapan yalnızca sekiz devlet bulunmaktadır. Bu durum, Mahkeme'nin daha fazla davaya bakma ve kıta genelinde insan haklarının korunmasını sağlama görevini yerine getirerek Afrika'da insan haklarının geliştirilmesine katkıda bulunma yeteneğini sınırlayacaktır. Böylece, devletlerin özel beyanda bulunmaması, Afrika Mahkemesinin hakları ihlal edilenlere adli koruma sağlama birincil hedefini yerine getirme kapasitesini ciddi şekilde sınırlamaktadır. Bu nedenle, Afrika Mahkeme Protokolü'nün 34(6) maddesi uyarınca henüz özel beyanda bulunmamış olan Afrika devletlerinin, bireylerin ve STK'ların Afrika Mahkemesine doğrudan erişmesine izin vermeleri tavsiye edilir. Devletlerin onayını almak için lobi kampanyaları, diplomatik girişimler ve siyasi tartışmalar yapılmalıdır. Bu, Mahkeme'nin insan hakları içtihadını daha da geliştirmesine ve Afrika'da insan haklarının ilerlemesine katkısını güçlendirmesine yardımcı olacaktır.

- Yukarıda belirtildiği gibi, Afrika Mahkeme Protokolü'nün 34(6) maddesinin bireylerin ve STK'ların Afrika Mahkemesine doğrudan erişmesine izin vermek için gerekli beyanı yapan son derece az sayıda devlet vardır. Bu durum, Afrika Mahkemesi'nin yargı yetkisini önemli ölçüde azaltarak insan haklarını koruma yeteneği üzerinde olumsuz bir etkiye sahip olacaktır. Bu gibi durumlarda, bireylerin ve STK'ların 34(6) maddesi beyanını yapmamış bir devletle ilgili olarak Mahkeme'ye erişimleri için tek pratik olasılık, dolaylı bir yaklaşım, yani Afrika Komisyonu aracılığıyla erişim olacaktır. Bu da

Mahkeme'nin hesap verebilirlik ve adalete erişim açısından insan hakları konularının ele alınmasına ne ölçüde katkıda bulunabileceğinin, önemli ölçüde Afrika Komisyonu'nun Mahkeme'yi ele geçirmek için sahip olduğu yetkiyi kullanmak için gösterdiği çabaların düzeyine bağlı olduğu anlamına gelir. Bu yol, Afrika Komisyonu'nun yarı yargısal kararlarını bağlayıcı kararlara dönüştürmek için de önemlidir. Bu nedenle, Afrika Komisyonu'nun davaları Afrika Mahkemesine havale etmede proaktif olması tavsiye edilir.

- Afrika Mahkemesi'nin bireylerden ve STK'lardan davaları alma yetkisi, bir taraf devletin bireysel başvuruları alma yetkisini kabul eden özel beyanının varlığına bağlıdır. Bu durum, devletlerin bu tür özel beyannameyi geri çekme uygulaması ve devletlerin bunu Afrika Mahkemesi'nin yargı yetkisini reddetmek için bir savunma olarak kullanmaya sürekli güvenmeleri nedeniyle tehdit altındadır. Afrika Mahkeme Protokolü'nün 34(6) maddesi uyarınca gerekli beyanı yapmak için Afrika devletlerinin rızasını almak için savunuculuk yapmak ve bunun için çalışmanın yanı sıra, beyanda bulunanları korumak da esastır. Bunun için, AfB, devletleri diplomatik etkileşimleri içerebilecek ve bu tür geri çekilmelerin insan haklarının korunması üzerindeki olumsuz etkilerini vurgulayabilecek 34(6) maddesi beyanlarını geri çekmekten caydırabilecek mekanizmalar tasarlamalıdır. Ayrıca, Mahkeme'nin çalışmaları hakkındaki yanlış anlamaları azaltmak için Afrika Mahkemesi ile üye devletler arasında diyalogu teşvik eden yollar oluşturulmalıdır.

- Afrika Mahkeme Protokolü'nün en önemli sorunlarından biri, mağdurun adalete erişim hakkını, bir devletin Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul eden özel beyanına bağlı kılan madde 34(6)'nın hükmüdür. Bu husus, insan hakları ihlalleri için adalete erişimin önünde ek engeller oluşturmaktadır. Bu nedenle, insan hakları ihlalleri için adalete erişimi iyileştirmek için, AfB Meclisi, bireylerin ve STK'ların Mahkemeye doğrudan erişmesine izin vermek için Afrika Mahkeme Protokolü'nün 34(6) maddesini değiştirmelidir. Bu değişiklik, Mahkemeyi Afrika'daki insan hakları ihlallerinin mağdurları için daha erişilebilir hale getirecektir. Bu değişiklik yapılana kadar, özel beyanların yapılmasına ve Afrika Komisyonu'nun Mahkeme'ye el koyma yetkisini kullanmasına ilişkin yukarıda belirtilen tavsiyelerin uygulanması önemlidir.

- Afrika Mahkemesi'nin Afrika Şartı'nın boşluklarını ve eksikliklerini doldurma çabası övgüye değerdir. Ne yazık ki, kusurları nedeniyle, Mahkeme'nin yaklaşımları her zaman amaçlanan sonucu vermeyecektir. Bu nedenle, Afrika Mahkemesi'nin yorumlarının ve kararlarının etkinliğini ve kabul edilebilirliğini artırmak için zımni hakların tanımlanması ve kodlanması gerekmektedir. Mahkeme tarafından tanınan zımni hakların açıklığa kavuşturulması ve mümkün olduğunda kodlanması için ortak bir çaba gösterilmelidir. Bu, Afrika Şartı'nda yapılan değişikliklerle veya bu hakları açıkça sıralayan ek protokollerin benimsenmesiyle başarılabılır. Böylece belirsizlik azaltılabilir ve yasal yorumlarda öngörülebilirlik artırılabilir.

KAYNAKÇA

- Adjolohoun, Sègnonna H. “A Crisis of Design and Judicial Practice? Curbing State Disengagement from the African Court on Human and Peoples’ Rights.” *African Human Rights Law Journal* 20, no. 1 (2020): 1-40. <http://dx.doi.org/10.17159/1996-2096/2020/v20n1a1>.
- African Court on Human and Peoples’ Rights. “Comparative Study on the Law and Practice of Reparations for Human Rights Violations.” (2019). <https://www.african-court.org/wpafc/wp-content/uploads/2020/11/Comparative-Study-on-the-Law-and-Practice-of-Reparations-for-Human-Rights-Violations.pdf> erişim tarihi: Şubat 14, 2024.
- African Court on Human and Peoples’ Rights. “Fact Sheet on Filing Reparation Claims.” (2020). <https://www.african-court.org/wpafc/wp-content/uploads/2020/10/FACT-SHEET-ON-FILING-REPARATION-CLAIMS-Revised-October-2020.pdf> erişim tarihi: Şubat 1, 2024.
- African Union. “Conference on the Implementation and Impact of the Decisions of the African Court on Human and Peoples.” *The Dar Es Salaam Communiqué*, (2021).
- Amnesty International. “Why the African Court Should Matter to You.” (2023). <https://www.amnesty.org/en/latest/campaigns/2023/06/why-the-african-court-should-matter-to-you/> erişim tarihi: Mayıs 22, 2024.
- Cartes Rodríguez, Cartes JB ve Íñigo L Álvarez. “The Case Law of the African Court on Human and Peoples’ Rights in Libya following the Arab Uprisings: Lessons Learned for the Consolidation and Legitimation of the Court.” *African Human Rights Law Journal* 20, no. 1 (2020): 78-102. <http://dx.doi.org/10.17159/1996-2096/2020/v20n1a3>.
- Centre for Human Rights. “Centre for Human Rights Expresses Concern about the Withdrawal of Direct Individual Access to the African Court by Benin and Côte D’Ivoire.” *Press Statement*, Mayıs 5, 2020, https://www.chr.up.ac.za/images/centrenews/2020/Centre_for_Human_Rights_expresses_concern_about_the_withdrawal_of_direct_individual_access_to_the_African_Court_by_Benin_and_Cote_d_Ivoire.pdf erişim tarihi: Mayıs 22, 2024.
- Declaration of the United Republic of Tanzania, https://www.african-court.org/wpafc/wp-content/uploads/2020/10/Declaration_Tanzania.pdf erişim tarihi: Mayıs 22, 2024.
- Dothan, Shai. “The Three Traditional Approaches to Treaty Interpretation: A Current Application to the European Court of Human Rights.” *Fordham International Law Journal* 43, no. 3 (2019): 765-794. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3241331>.
- Eckel, Jan. “The Rebirth of Politics from the Spirit of Morality: Explaining the Human Rights Revolution of the 1970s.” iç. *The Breakthrough: Human Rights in the 1970s*, eds. Jan Eckel ve Samuel Moyn, 226-260. University of Pennsylvania Press, 2013.
- Enabulele, Amos O. “Incompatibility of national law with the African Charter on Human and Peoples’ Rights: Does the African Court on Human and Peoples’ Rights have the final say?” *African Human Rights Law Journal* 16, no. 1 (2016): 1-28. <http://dx.doi.org/10.17159/1996-2096/2016/v16n1a1>.
- Evans, Malcolm and Rachel Murray, eds. (2008), *The African Charter on Human and Peoples Rights: The System in Practice 1986-2006*, 2nd edition. Cambridge University Press, 2008.
- Harašić, Žaklina. “More About Teleological Argumentation in Law.” *Pravni Vjesnika* 31, no. 3-4 (2015): 23-50. <https://hrcak.srce.hr/155851>.
- Hathaway, Oona A. “Why Do Countries Commit to Human Rights Treaties?” *The Journal of Conflict Resolution* 51, no. 4, (2007): 588-621. <https://doi.org/10.1177/0022002707303046>.
- Heyns, Christof. “The African Regional Human Rights System: In Need of Reform?” *African Human Rights Law Journal* 2, no. 1 (2001): 155-176.
- International Justice Resource Center. Advocacy before the African Human Rights System: A Manual for Attorneys and Advocates Preventing and Remediating Human Rights Violations through the International Framework. (2016). <https://ijrcenter.org/wp-content/uploads/2016/11/Advocacy-before-the-African-Human-Rights-System.pdf> erişim tarihi: Mayıs 20, 2024.
- Juma, Dan. “Provisional Measures under the African Human Rights System: The African Court’s Order Against Libya.” *Wisconsin International Law Journal* 30, no. 2 (2012): 344-373.

- Kansra, Deepa. "Human Rights and the Practice of Cross-Referencing by Domestic Courts." *Kamkus Law Journal* 4, (2020): 117-129.
- Lord, Kenneth M. "Bootstrapping an Environmental Policy from an Economic Covenant: The Teleological Approach of the European Court of Justice." *Cornell International Law Journal* 29, no. 2 (1996): 571-606. <https://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol29/iss2/5>.
- Murray, Rachel. "Decisions by the African Commission on Individual Communications under the African Charter on Human and Peoples' Rights." *The International and Comparative Law Quarterly* 46, no. 2 (1997): 412-434. <https://doi.org/10.1017/S0020589300060498>.
- Nkrumah, Bright. "The Potential of the African Human Rights System in Addressing Poverty." iç. *Exploring the Link between Poverty and Human Rights in Africa*, ed. Ebenezer Durojaye ve Gladys Mirugi-Mukundi, 217-240. South Africa: Pretoria University Law Press, 2020.
- Notice of Withdrawal of the Declaration made under Article 34(6) of the Protocol to the African Charter on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights, https://www.african-court.org/wpafc/wp-content/uploads/2020/10/Withdrawal-Tanzania_E.pdf erişim tarihi: Mayıs 22, 2024.
- Office of the High Commissioner for Human Rights. *CCPR General Comment No. 27: Article 12 (Freedom of Movement)*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, (Kasım 2, 1999).
- Rachovitsa, Adamantia. "On New 'Judicial Animals': The Curious Case of an African Court with Material Jurisdiction of a Global Scope." *Human Rights Law Review* 19, (2019): 255-289. <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngz010>.
- Rachovitsa, Adamantia. "The African Court on Human and Peoples' Rights: A Uniquely Equipped Testbed for (the Limits of) Human Rights Integration?" iç. *Human Rights Tectonics: Global Dynamics of Integration and Fragmentation*, ed. Emmanuelle Bribosia ve Isabelle Rorive, 69-88. Intersentia, 2018.
- Reventlow, Yakaré-Oulé (Nani) J. ve Rosa Curling. "The Unique Jurisdiction of the African Court on Human and People's Rights: Protection of Human Rights Beyond the African Charter." *Emory International Law Review* 33, no. 2 (2019): 203-222. <https://scholarlycommons.law.emory.edu/eilr/vol33/iss2/1>.
- Samb, Moussa. "Fundamental Issues and Practical Challenges of Human Rights in the Context of the African Union." *Annual Survey of International and Comparative Law* 15, no. 1 (2009): 61-74. <http://digitalcommons.law.ggu.edu/annlsurvey/vol15/iss1/5>.
- Shelton, Dinah. *Remedies in International Human Rights Law*, Third Edition. Oxford University Press, 2015.
- Slaughter, Anne-Marie. "A Typology of Transjudicial Communication." *University of Richmond Law Review* 29, no. 1 (1994): 99-137. <https://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol29/iss1/6>.
- Sorel, Jean-Marc and Valérie Boré Eveno. "Article 31: General Rule of Interpretation", iç. *The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, ed. Olivier Corten ve Pierre Klein. Oxford University Press, 2011.
- Squeff, Tatiana de A. F. R. Cardoso. "Cross-Fertilization as a Neocolonial Tool? Impressions Deriving from the Artavia Murillo vs. Costa Rica Case before the Interamerican Court of Human Rights." *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, Edição Especial*, 2019: 107-131.
- Ssenyonjo, Manisuli. "Responding to Human Rights Violations in Africa: Assessing the Role of the African Commission and Court on Human and Peoples' Rights (1987–2018)." *International Human Rights Law Review* 7, (2018): 1-42.
- U.N. Human Rights Committee. *General Comment No. 31: The Nature of the General Legal Obligations Imposed on States Parties to the Covenant*. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, Mart 29, 2004.
- Van Alebeek, Rosanne ve Andre Nollkaemper, "The Legal Status of Decisions by Human Rights Treaty Bodies in National Law." iç. *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy*, ed. Helen Keller ve Geir Ulfstein, 356-413. Cambridge University Press, 2012.
- Viljoen, Frans. "A Human Rights Court for Africa, and Africans", *Brooklyn Journal of International Law* 30, no. 1 (2004): 1-66. <https://brooklynworks.brooklaw.edu/bjil/vol30/iss1/1>.

- Viljoen, Frans. “*Realization of Human Rights in Africa through Inter-Governmental Institutions.*” Doktora Tezi, Pretoria Üniversitesi, 2006.
- Viljoen, Frans. “Understanding and Overcoming Challenges in Accessing the African Court on Human and Peoples’ Rights”, *International and Comparative Law Quarterly* 67, (2018): 63-98. <https://doi.org/10.1017/S0020589317000513>.
- Viljoen, Frans. *International Human Rights Law in Africa*, 2nd edition. Oxford University Press, 2012.
- Wiener, Antje and Philip Liste. “Lost Without Translation?: Cross-referencing and a New Global Community of Courts.” *Indiana Journal of Global Legal Studies* 21, no. 1 (2014): 263-296. <https://doi.org/10.2979/indjglolegstu.21.1.263>.
- Withdrawal for review by the Republic of Rwanda from the Declaration made under article 34(6) of the Protocol to the African Charter on Human and Peoples’ Rights on the Establishment of an African court on Human and Peoples’ Rights, <https://www.african-court.org/wpafc/wp-content/uploads/2020/10/Withdrawal-Rwanda.pdf> erişim tarihi: Mayıs 22, 2024.