

YAKINDOĞU ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ **NEAR EAST UNIVERSITY LAW FACULTY REVIEW**

Yakın Doğu Üniversitesi- Near East University

Yayın Kurulu / Editorial Board

Doç. Dr. İrfan Suat Günsel
Prof. Dr. Ayşe Havutçu
Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez
Prof. Dr. Polat Soyer
Doç. Dr. Yeter Tabur

Yayın Koordinatörleri / Editorial Coordinators

Ar. Gör. Fatma Alaslan
Ar. Gör. Nabi Berkut
Ar. Gör. Aysun Beydola
Ar. Gör. Özde Dereboylular
Ar. Gör. Görkem Göktuna
Ar. Gör. Ayten Ordu
Ar. Gör. Erdi Şafak
Ar. Gör. Nezihe Tekman

- Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir. / Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Near East University Law Faculty Review) is a refereed review.
- Yılda iki kez (Mayıs-Aralık) yayımlanır. /Published twice a year (May-December)
- Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir. /Articles published in this review express solely the views of the authors.
- Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz. / Articles published in this review can not be republished without citation.
- Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <http://hukukdergisi.neu.edu.tr/> hukuk veritabanında dizinlenmektedir. / Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Near East University Law Faculty Review) ise being permanently indexed in <http://hukukdergisi.neu.edu.tr/> law database.
- **İletişim Adresi** / Communication AddressYayın İşleri Müdürlüğü
Yakın Doğu Bulvarı, Lefkoşa / Mersin 10 Turkey
Tel: (0392) 223 64 64
Fax: (0392) 22364 61
Web: <http://hukukdergisi.neu.edu.tr/>
E-mail: hukukdergisi@neu.edu.tr

Danışma Kurulu / Advisoral Board

Rektör : Prof. Dr. Ümit Hassan
Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat Atalı
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Rona Aybay
Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr . Mehmet Çakıcı
Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa R. Erdem
Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Güray Erdönmez
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Şeref Ertaş
Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Şükrü Sina Gürel
Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Havutcu
Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hakan Karan
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Arif Kocaman
Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

Prof. Dr. Berna Kocaman
Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

Prof. Dr. Yasemin Özdek
Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Işıl Özkan
Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hüseyin Pazarcı
Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fazıl Sağlam
Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Pervin Somer
Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Elif Sonsuzoğlu
Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Polat Soyer
Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu
İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş Tezcan
İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Asuman Turanboy
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yıldırım Uler
Girne Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Eylem Atılgan
Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Derya Aydın Okur
Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Ozan Ergül
TOOB Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Reşat Volkan Günel
Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Yeter Tabur
Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yrd. Doç. Dr. Merve Acun Mekengeç
Yakındoğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yrd. Doç. Dr. Aydın Atılğan
Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yrd. Doç. Dr. Tayfun Ercan
Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yrd. Doç. Dr. Muhammet Erdal
Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Mayıs/May 2018 Yıl: 1/Volume: 1 Sayı: 1/Issue:1

Basım Tarihi / Published Date: Mayıs - 2018

Basım Yeri/ Published Place: Near East Printing

YAKIN DOĞU ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

NEAR EAST UNIVERSITY

LAW FACULTY REVIEW

ISSN: 2636-7580

MAYIS /MAY 2018

YIL: 1/VOLUME: 1

SAYI: 1/ISSUE: 1

YAKIN DOĞU ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

YAYIN KURALLARI

1. 2018 yılından itibaren “Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi” hakemli olarak yayımlanmaya başlamıştır. Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi’nde, makaleler, Yüksek Mahkeme, Kaza Mahkemeleri kararları, kritikler ve yayın tanıtım yazıları yer almaktadır.
2. Dergiye gönderilecek yazıların özgün, başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
3. a) Yazılar bilgisayar ortamında hazırlanmalıdır.
b) Yazıların ilk sayfasında makalenin adı, özeti (en fazla 50 sözcük) ve anahtar sözcükleri (En fazla 10 sözcük) Türkçe ve İngilizce olarak yer almalıdır.
c) Yazılar, **anabölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak Times New Roman** karakterinde yazılmalıdır.
d) Dipnotlar sayfa altında gösterilmelidir. Dipnotta kaynak verilirken yazar adı ve soyadının sadece baş harfleri büyük harf olmalı, eğer verilen kaynak makale ise makale adı çift tırnak (“.....”) içine alınmalı, **sadece eser adı İtalik** olmalı, yayınevi, ili, baskı ve sayfa sayısı sırası ile verilmelidir.
Örneğin: Yazar Adı, “Makale Adı”, Eser Adı, Xxxx Yay. 2. baskı, Ankara 1999, s. xx.
Faruk Erem, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, AÜHF Dergisi, Ankara 1943, C. x, S. x, s.xx.
4. Yazıların **kaynakça kısmında da dipnot kurallarına uyulması** zorunludur.
5. Yazılar Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın Kuralları’na uygun değilse reddedilir.
6. Yazarların ünvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-posta adreslerini göndermeleri zorunludur.
7. **Yazıların “hakemli makaleler” bölümünde yayımlanması istendiği açıkça belirtilmelidir;** açıklama yer almayan durumlarda “makaleler” bölümünde yayımlanmak üzere gönderildiği varsayılır.

8. Yazarı tarafından hakem incelemesinden geçirilmesi istenilen yazılar, **“kör hakemlik”** sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez.
Hakem tarafından uygun bulunmadığı için, yayımlanmayan yazılar, istenildiği takdirde, hakem adı belirtilmeksizin yazarlara geri gönderilir. Hakem raporuna itiraz hakkı vardır.
Hakem raporu düzeltme içeriyorsa, rapor, hakem adı belirtilmeksizin yazara gönderilir ve yazının hakem raporuna göre, düzeltildikten sonra yayımlanabileceği bildirilir. Bu süreç, hakemin yazının yayımlanmasını uygun bulmasına kadar devam eder.
9. Yazarı tarafından hakem incelemesinden geçirilmesi istenilmeyen yazılar, Yayın Kurulu’nun kararı ile yayımlanabilir. Yayımlanmayan yazılar yazara geri gönderilmez. Ancak, durum yazara bildirilir.
10. Dergiye gönderilen yazıların yazım denetimlerinin yapılmış olduğu, gönderildiği biçimi ile yayımlanmasına “olur” verildiği kabul edilir. Yazı teslim edildikten sonra, baskı düzeltmeleri için ayrıca yazara gönderilmez.
Yazım yanlışlarının fazla olması yazının yayımlanmaması için yeterlidir.
11. Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi’nin yazı dili Türkçe ve İngilizce’dir.
12. Yazıların düzeltmesinde, *Türk Dil Derneği Yazım Klavuzu* ve *Adam Yayınları Ana Yazım Klavuzu* esas alınmaktadır.
13. Yayımlanması kabul edilen yazıların, basılı ve elektronik yayım haklarına Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi sahip olur.
14. Yazarlara Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlarının Hazırlanması, Basım ve Dağıtım Yönetmeliği çerçevesinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üç adet, hakemlere bir adet dergi gönderilir.

Basım Tarihi: Mayıs 2018

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

11 EDİTÖRDEN / FROM THE EDITOR

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

13 Nabi Berkut

Uluslararası Deniz Yatağının Hukuki Statüsü ve Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'nin Deniz Yatağında Gerçekleştirilen Faaliyetlere İlişkin Yetkisi

49 Erdi Şafak

Uluslararası Hukuka Eleştirel Yaklaşımlar Çerçevesinde Amerikan Realizmi

81 Aysun Beydola

Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerle İspat Sorunu

153 Ayten Ordu

Medeni Usul Hukukunda Genel Olarak İspat Ve İlk Görünüş İspatı

185 Fatma Alaslan

Kuzey Kıbrıs Hukukunda Karinelerle İspat

215 Özde Dereboylular

Protection Of Civil Liberties And Human Rights Under The Laws Of The United Kingdom, Turkey And Turkish Republic Of Northern Cyprus

Editör'den

Değerli Okuyucular,

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin birinci sayısını sizlerle paylaşırken, ilerleyen sayfalarda sizlere sunulmuş olan birbirinden değerli makalelerin gerek akademik gerekse meslek hayatınızda sizlere yardımcı olmasını umut ediyoruz.

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi olarak, “etik” davranmayı ilke edinmiş, “insani” değerlere bağlı, hukukun üstünlüğüne, evrensel barış ve özgürlüğe inanmış, insan haklarına bağlılığı özümsemiş, yaşadığı toplumdaki ve dünyadaki gelişmeleri algılayıp yorumlayabilen, yaratıcı düşünebilen, fikrini özgürce dile getirebilen, inceleme ve araştırmalarında bilimi temel alan, bireysel olduğu kadar toplumsal alanda sorumluluk üstlenebilen aydın, bilgili, adil bireyler yetiştirmenin süregelen gayreti içerisindeyiz. Hukuksal yapının sürdürülebilirliğine, dönüşümüne ve özümseyerek hayata geçirilmesine yön verebilecek nitelik ve donanıma sahip bireylerin kendilerini geliştirebilmelerinin en önemli bileşeninin hukuk alanındaki düşünsel ve pratik birikimlerinin arttırılması olduğuna inanıyoruz. Bu inanç doğrultusunda hukuk alanında ulusal ve uluslararası platformlarda saygın bir yere sahip fakültemizin güçlü kadrosu tarafından şekillendirilen yaratıcı hukuk öğretiminin yanında, fakültemizdeki değerli düşün insanlarımızın hayata geçirmekte olduğu bilimsel çalışmalarla toplumun ve hukuk camiasının gündemini belirlemeye ve bilimsel tartışmalara yön vermeye devam ediyoruz.

KKTC'nin en köklü ve en büyük hukuk fakültelerinden biri olmanın verdiği sorumluluğun bilinciyle, ulusal ve uluslararası hukuk yapılarıyla uygulamalarını en yeni düşünsel yaklaşımlara ve tartışmalara da atıfta bulunarak

sistematik bir şekilde irdeleyen bilimsel çalışmaların sayısının artması için yeni araştırma ve destek programlarını geliştirip hayata geçiriyoruz. Bu bağlamda, fakültemizin değerli kadrosu üniversitemizin üçüncü nesil üniversite vizyonu çerçevesinde her yıl seçkin konuşmacıların katıldığı farklı bilimsel etkinlikler(konferans, panel, çalıştay) düzenleyerek, ödüller alarak, bilimsel projeler geliştirerek ve özgün akademik yayınlar yaparak ulusal ve uluslararası alanlarda hukuk çalışmalarına katkı sağlamaya devam ediyor.

Bu sorumluluk bilinci ve anlayışla Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi olarak çağdaş hukukçular yetiştirme ve akademik etkinliklerle hukuk biliminin gelişimine katkı sağlama hedefimiz doğrultusunda yeni bir adım daha atıyor, elinizdeki bu sayı ile Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisini çıkarmaya başlıyoruz.

Hem fakültemiz hem de üniversitemiz adına bu ilk sayının heyecanını ve haklı gururunu taşıırken dergimizin giderek artan bir prestijle sürekliliğini sağlamanın önemini de vurgulamak gerektiğini düşünüyorum. Bu dergiye emek veren deneyimli fakülte kadromuzun ve bu heyecanı en yoğun şekilde yaşayan genç akademisyenlerimizin bilimsel bir derginin sürekliliği açısından başlangıçta yaşanan bu heyecanın sistemli bir çalışma disiplini ile beslenmesi gerektiği anlayışıyla yola çıktığının farkında olmak bu heyecanı daha da anlamlı kılıyor.

Bu vesileyle dergimizin yayın hayatına hazırlanmasında emeği geçen herkese teşekkür ediyor, fakülte Dergimizin ülkemizde, bölgemizde ve dünyada, insan haklarının, demokrasinin ve hukukun üstünlüğünün ilerletilmesine katkıda bulunmasını diliyorum.

Saygılarımla

Doç. Dr. İrfan Suat Günsel

Uluslararası Deniz Yatağının Hukuki Statüsü ve Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'nin Deniz Yatağında Gerçekleştirilen Faaliyetlere İlişkin Yetkisi

Ar. Gör. Nabi Berkut*

İnceleme Planı: Giriş, §1. Uluslararası Deniz Yatağı, I. Uluslararası Deniz Yatağı Kavramının BMDHS Öncesindeki Gelişimi, II. Uluslararası Deniz Yatağının BMDHS'deki Yeri ve XI. Bölümün Uygulanmasına İlişkin 1994 Anlaşmasının Etkisi, III. İnsanlığın Ortak Mirası Kavramı, IV. Uluslararası Deniz Yatağındaki Kaynaklar, §2. Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi, I. UDYO'nin Kuruluşu ve Organları, II. UDYO'nin Yetkileri ve Sorumlulukları, III. UDYO ve Devletler Arasındaki İlişkiler, IV. Uluslararası Deniz Yatağındaki Uyuşmazlıkların Çözümü, Sonuç, Kaynakça.

Özet:Son yüzyıldaki teknolojik ve bilimsel gelişmeler, dünya nüfusundaki artış, insanoğlunun doğal kaynak talebindeki artış, devletleri ekonomik olarak yararlanabilecekleri yeni alanların arayışına sürüklemiştir. Malta delegesi Arvid Pardo uluslararası deniz yatağının kendine özgü bir rejime bağlanması gerektiğini savunmuştur. Deniz yatağı, uluslararası deniz yatağı veya derin deniz yatağı olarak da isimlendirilen alan, 1982 BMDHS ve 1994 Anlaşması çerçevesinde insanlığın ortak mirası olarak değerlendirilmiştir. Gelişmiş ve sanayileşmiş devletler ile gelişmekte olan devletlerin insanlığın ortak mirası kavramına olan yaklaşımları ve tutumlarının farklılıklar göstermekteydi. BMDHS 1982 ile Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi, Bölge'de yapılacak

* Yakın Doğu Üniversitesi Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi

faaliyetlerin kurallara uygun yürütülmesi ve bu faaliyetler sonucunda elde edilecek kaynakların eşitlikten öte hakça bir biçimde paylaşılabilmesi için gerekli devletlerden bağımsız bir yönetim sistemi oluşturmak için kurulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası/derin deniz yatağı, İnsanlığın ortak mirası, BMDHS 1982, 1994 Antlaşması, Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi, Doğal kaynaklar, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi

Abstract: In the last century, improvements in technology and scientific capability enabled States to invest in new geographical areas in order to obtain natural resources and meet the requirements of the increase in the world population and the increase in demand on natural resources. Arvid Pardo stated that international/deep seabed should be administered by a special regime. Deep seabed regime has been codified in the United Nations Convention on Law of the Sea 1982 and Agreement on XI. 1994 and evaluated its regime as common heritage of the mankind. This regime has been discussed by developed states and developing states regarding their different interests in the area. Regarding the deep seabed regime, International Seabed Authority has been established by the UNCLOS 1982 and 1994 Agreement in order to control and administer the activities in the deep seabed.

Keywords: International/deep seabed, Common heritage of mankind, UNCLOS 1982, Agreement on XI 1994, International Seabed Authority, Natural resources, International Tribunal for the Law of the Sea

Giriş

Uluslararası deniz hukukunun gelişimi 20. yüzyılın ortalarına kadar Avrupalı'ların faaliyetlerinden etkilenmiştir. Avrupalı'ların, deniz teknolojilerindeki gelişimi, deniz alanlarındaki keşfi ve araştırılmasındaki faaliyetleri, deniz alanlarında ve okyanuslarda kontrole ve düzene ihtiyaç duyulduğunu ortaya çıkarmıştır¹. Bu döneme kadar denizde bilimsel araştırma yapmak yaygınlaşmamış ve bu alanın üzerinde durulmasının gerekliliği farkedilememiştir. O tarihlerdeki teknolojik yetersizlik ve denizden ne dereceye kadar faydalanılabileceği konusunda insanoğlunun bilgisizliği bilimsel deniz araştırmaları konusu üzerinde durulmamasına sebep olmuştur.

Son yüzyıldaki teknolojik ve bilimsel gelişmeler, dünya nüfusundaki artış, insanoğlunun doğal kaynak talebindeki artış, devletleri ekonomik olarak yararlanabilecekleri yeni alanların arayışına sürüklemiştir. Kıyıdan uzak kaynakların farkına varılmaya başlanmasıyla, 1945 yılında, o dönemki Amerika Birleşik Devletleri başkanı Harry Truman, Truman Bildirisi ile daha önceden açık deniz rejimi olarak kabul edilen bir bölgede hak iddiasında bulunmuştur². Kıt'a Sahanlığı olarak adlandırılan bu bölge öncelikle 1958 Cenevre Kıta Sahanlığı Sözleşmesi'nde, daha sonra 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (**BMDHS**)³'nde yer almıştır. Sahildar bir devletin kıt'a sahanlığı, karasularının ölçülmeye başlandığı esas hatlardan itibaren 200 deniz mili mesafeye kadar olan kısımdır (Mad 76/1).

¹ Donald R. Rothwell and Tim Stephens, *The International Law of the Sea*, Oxford, Hart Publishing, 3rd edition, 2012, p. 2.

²Harry S. Truman, Proclamation 2667 - Policy of the United States With Respect to the Natural Resources of the Subsoil and Sea Bed of the Continental Shelf, 28 September 1945.

³ Makale'de "Sözleşme" ile 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi belirtilmiştir.

Kıta sahanlığının ötesinde kalan ve daha önce açık deniz rejimine tabi olan yeni bir deniz alanı olarak kabul edilen uluslararası deniz yatağı, 1982 BMDHS'nin XI. Kısımında düzenlenmiştir⁴. Antlaşma'da Bölge '*Area*' olarak adlandırılan uluslararası deniz yatağı , ulusal yetki sınırları ötesindeki deniz yatağı ve okyanus tabanı ile bunların toprak altını kapsamaktadır.

Deniz yatağı, uluslararası deniz yatağı veya derin deniz yatağı olarak da isimlendirilen alan, 1982 BMDHS ve 1994 Tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin XI. Kısımının Uygulanmasına İlişkin Anlaşma çerçevesinde insanlığın ortak mirası olarak değerlendirilmiştir⁵. Ayrıca bu anlaşmalar ile Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi kurulmuştur. Bu örgüt Bölge'de yapılan keşif, araştırma ve işletimin kontrolünü sağlamanın yanı sıra bu Bölge'deki faaliyetlerin barışçıl amaçlarla ve insanlığın ortak mirası kavramına uygun yürütülmesini sağlamak ile yükümlüdür.

Bu çalışma, uluslararası deniz yatağının tarihsel gelişimini, 1982 BMDHS ve 1994 Anlaşması XI. Kısımının Uygulanmasına İlişkin Anlaşma çerçevesinde bölgedeki hukuki rejimi ve Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'nin Bölge'deki yetkisi ve devletler ile olan ilişkisini incelemektedir.

⁴ BMDHS 1982, XI. Kısım.

⁵Agreement Relating to the Implementation of Part XI of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982, 28 July 1994, 1836 UNTS 41, No. 31364.

I. Uluslararası Deniz Yatağı

1. Uluslararası Deniz Yatağı Kavramının BMDHS Öncesindeki Gelişimi

Denizde bilimsel araştırmaların yapılması sonucu uluslararası deniz yatağındaki doğal kaynakların değerinin anlaşılmasının çok öncesinde; 19. yüzyılın başlarında, devletler karasuları ötesinde kalan başka bir deniz tabanı bölgesindeki inci, yumuşakçalar '*mollusc*' ve yerleşik balıkçılık üzerinde hak ilanında bulunmuşlardır⁶. Yerleşik balıkçılık '*sedentary fisheries*', o dönemde ortaya çıkmasıyla soru işaretlerini ve görüş ayrılıklarını da beraberinde getirmiştir. Bu görüş ayrılıkları '*Bering Fur Seals Case*' diye adlandırılan ve Amerika Birleşik Devletleri ile Birleşik Krallık arasında olan davada tartışılmıştır⁷.

Kuzey Büyük Okyanus'unda, Alaska yarım adası ve Aleut Adaları'nı ayıran Bering Denizi veya İmarpik Denizi olarak adlandırılan denizin, karadan 60 deniz mili uzağındaki bölgede Britanya Kolumbiyası gemilerinin faaliyetleri Amerika Birleşik Devletleri (**ABD**) tarafından engellenmiştir. 29 Şubat 1892 tarihli Washington Antlaşması ile sonuçlanan hakemlikte⁸. O'Connell'a göre daha sonraki gelişmelerin önünü açan bir görüş kabul edilmiştir. Buna göre, devletler ekonomik faaliyetler sürdürebilecekleri deniz tabanının belirli bir bölümünde talepte bulunabileceklerdir⁹. Ayrıca,

⁶ DP O'Connell, *The International Law of the Sea*, Vol 1, Oxford, Clarendon Press, 1982, p. 450-457.

⁷ Bering Sea Fur Seals (Great Britain v United States) 1898.

⁸ Reports of International Arbitration Awards, Award Between the United States and the United Kingdom relating to the rights of jurisdiction of United States in the Bering's sea and the preservation of fur seals, 15 August 1893, Vol XXVIII, p 263-276.

⁹ DP O'Connell, p. 454.

Antlaşmaya taraf iki devlet deniz tabanının sahipsiz mal ‘res nullius’ olduğunu ve kullanım ile zamanla kazanılan ‘*acquired by occupation*’ bir bölge olduğu görüşündedirler¹⁰.

1945 Truman Bildirisi ile ABD’nin öncü olduğu ve diğer kıyı devletlerinin de benimsediği kıta sahanlığı bölgesinin sınırlarının belirlenmesi uluslararası deniz yatağının statüsü belirlenmesi açısından da önem arz etmiştir. O dönemde uluslararası deniz yatağı açık deniz olarak kabul edilmesine karşın 1950’li yıllarda Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun yaptığı çalışmalar sonunda tarihi deniz tabanı balıkçılığının yapıldığı alanların dışında kalan bölgenin açık deniz statüsünde sayılması gerektiğini belirtmiştir¹¹. Bu görüş Birleşmiş Milletler Deniz Hukuk Sözleşmesi ‘*UNCLOS I*’ 1958’de Komisyon çalışmalarını dört ayrı sözleşme ile düzenlerken, deniz yatağı bölgesi için özel bir yoruma gidilmemiştir¹².

1967 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu çalışmaları sırasında, Malta delegesi Arvid Pardo uluslararası deniz yatağının kendine özgü bir rejime bağlanması gerektiğini savunmuştur. O dönemde açık deniz olarak kabul edilen bu bölgenin, ilk kez özel bir hukuki rejime tabi olması gerektiği ileri sürülmüştür, Dr. Arvid Pardo’nun öngördüğü bu rejimi ‘İnsanlığın Ortak Mirası’ olarak adlandırmışlardır¹³. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 1967 yılında 2340 sayılı kararı¹⁴ ile, 35 devletten oluşan bir *ad hoc* komite kurulmuştur. Bu komite, kıyı devletlerinin ulusal yetkisi kapsamında bulunan

¹⁰ DP O’Connell, p. 454.

¹¹Yearbook of the International Law Commission, Vol 1, 1956, p. 18-26.

¹²AV Lowe, “*The International Seabed: A Legacy of Mistrust*”, Marine Policy, Amsterdam, Elsevier Publishing, 1982, p. 205.

¹³UN Doc A/C.1 /PV 1515 and A/C.1/PV 1516, 1967.

¹⁴UN General Assembly, General Assembly Resolution 2467, 1968.

alanların ötesinde yer alan deniz yatağı ve okyanus tabanının barışçıl amaçlar için kullanılması konusunda incelemelerde bulunmuştur¹⁵. 15 Aralık 1969 tarihli Birleşmiş Milletler Genel Kurulu toplantısında alınan 2574 sayılı kararla, uluslararası deniz yatağının kıyıdaş devletlerin ulusal yetki alanlarının ötesinde bulunduğunu ve bu bölgedeki faaliyetlerin barışçıl amaçlar çerçevesinde, kaynakların tüm insanlığın çıkarı için kullanılmasını öngörmüştür¹⁶.

Sonrasında, Birleşmiş Milletler Ulusal Yetki Alanları Dışındaki Deniz Yatağı ve Okyanus Tabanının Barışçıl Amaçlarla Kullanılması Komitesi'nin çalışmaları sonucunda, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 1970 yılında 2749 sayılı kararı ile Uluslararası Deniz Yatağına İlişkin İlkeler Bildirisi kabul edilmiştir¹⁷. 15 maddelik Bildiri, milli yetki sahası dışındaki deniz sahasını insanlığın ortak mirası olarak kabul etmekte olup, okyanus tabanı ve toprak altında bulunan kaynakların bütün insanlık yararına, fark gözetilmeden ve gelişmekte olan ülkelerin özel ihtiyaçları göz önünde tutularak milletlerarası bir rejim vasıtasıyla ona bağlı bir teşkilat (mekanizma) eliyle yürütülmesini öngörmüştür.

Ayrıca, B.M. Genel Kurulu 2750 sayılı karar ile de sonunda 1982 BMDHS'nin imzalanacağı deniz hukuk konferansının 1973 yılında toplanmasına karar vermiştir¹⁸. Birleşmiş Milletler, milli yetki sınırları dışında kalan deniz ve okyanuslar yatağının barışçıl amaçlarla kullanılmasını temin

¹⁵Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri 2. Kitap*, Ankara, Turhan Kitabevi, 9. Bası, 2013, s. 400.

¹⁶UN General Assembly, General Assembly Resolution 2574, 15 December 1969, A/RES/24/2574.

¹⁷UN General Assembly, General Assembly Resolution 2749, 1970.

¹⁸UN General Assembly, General Assembly Resolution 2750, 1970.

edecek bir milletlerarası rejim ve mekanizmanın hukuki esaslarını hazırlamak ve 1973 yılında toplanacak Yeni Deniz Hukuku Konferansı'na gerekli sözleşme maddelerinin tasarılarını hazırlayarak sunmak üzere Birleşmiş Milletler Deniz Yatağı Komitesi'ni görevlendirmiştir¹⁹.

Komite 1971-1973 yılları arasında altı oturum ve New York ve Cenevre'de ilave toplantılarda bulunmuştur. Komite'nin çalışmalarına bizzat katılmış Prof. Dr. Mehmet Gönlübol, komitenin yaptığı çalışmaların, devletlerin kendi ekonomik çıkarlarını gözettikleri ve ortak bir kazanç üzerinde yoğunlaşmadığından ötürü yeterli olmaktan çok uzak olduğunu belirtmiştir²⁰.

Aralık 1973'ten Aralık 1982 yılına kadar süren ve 150 devletin delegeleri, 12 uzman enstitüsü ve organizasyon, 19 uluslararası ajansların katıldığı Birleşmiş Milletler Konferansları yapılmıştır²¹. 1980 yılında taslak 'Draft' antlaşma hazırlanmış ve Aralık 1982'de, Jamaika'da resmen imzaya açılmıştır²². BMDHS 1982, XI. Bölümü, uluslararası deniz yatağını 'Bölge' başlığı altında incelemektedir²³.

¹⁹ UN General Assembly, Resolution 2467 A (XXIII), 1968.

²⁰ Mehmet Gönlübol, "Ulusal Yetki Sınırları Ötesindeki Deniz Yatağı ve Okyanus Tabanının Barişçi Amaçlarla Kullanılması Komitesi'nin Çalışmaları Birleşmiş Milletler Milli Yetki Sınırları Dışındaki Deniz ve Okyanuslar Yatağının Barişçi Amaçlarla Kullanılması Komitesi"(Deniz Yatağı Komitesi) ve 19 Temmuz- 27 Ağustos 1971 tarihleri arasındaki Cenevre Konferansı hakkında rapor.

²¹Mazen Adi, "The Application of Law of the Sea and the Convention of the Mediterranean Sea", United Nations-Nippon Foundation Fellow 2008 – 2009, Divisions for Ocean Affairs and The Law of the Sea Office of Legal Affairs, the United Nations, New York, 2009, p 12.

²² Mazen Adi, p. 13.

²³Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi 1982, XI. Bölüm. (Çalışmamızın ilerleyen kısmında bu konu ayrıntılı olarak incelenecektir.)

2. Uluslararası Deniz Yatağının BMDHS'deki Yeri ve XI. Bölümün Uygulanmasına İlişkin 1994 Anlaşmasının Etkisi

Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin Bölge 'Area' isimli XI. Bölümü uluslararası deniz yatağının hukuki niteliğini belirtmiştir. Öncelikle, 133. Maddesinde kaynakların 'resources', deniz yatağının üstünde veya toprak altında doğal olarak bulunan polimetallik yumruları da dahil, katı, sıvı ve gaz bütün madensel kaynakları kapsadığını belirtmektedir. Bu bölgenin ve bölgedeki kaynakların insanlığın ortak mirası olduğunu²⁴ ve devletlerin bu bölgede egemenlik ilanı veya egemenliğe dayanan faaliyetlerde bulunmaması gerekmektedir²⁵. Bu bölümdeki maddelerde devletlerin bölgedeki faaliyetleri, hakları, olası zarar durumundaki sorumlulukları ve bölgenin barışçıl amaçlar ile kullanılmasına ilişkin içeriklidir. Ancak konumuz gereği detaylı şekilde incelenmesi gereken bir diğer madde de 140. Maddedir. BMDHS, 140. maddesinde insanlığın ortak mirası kavramına ek olarak farklı bir kavram sunmaktadır. İnsanlığın çıkarı adlı bu maddeye göre bölgede yapılan faaliyetlerin devletler arasında ayrıma gidilmeksizin, insanlığın çıkarı ve geliştirmekte olan devletlerin ihtiyaçlarını göz önünde bulundurarak gerçekleştirilmedi²⁶. Rudiger, bu yaklaşımın Dış Uzak Anlaşması'ndan alınma olduğunu belirttikten sonra bunun hayata geçirilmesi konusundaki görüşlerini ortaya koymuştur²⁷.

²⁴BMDHS 136.

²⁵BMDHS 137/1.

²⁶BMDHS 140/1.

²⁷ Rudiger WOLFRUM, "The Principle of the Common Heritage of Mankind", Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, München, Max-Planck Institute, Vol. 43, 1983, p. 321.

Öncelikle faaliyetlere bütün devletlerin katılma hakkının olduğunu ancak bu faaliyetlerin finansal ve teknik zorluklarından ötürü bütün devletlerin birebir katılımıyla gerçekleşmesinin mümkün olmadığını, ancak Bölge'deki işlemlerden elde edilecek gelirlerin insanlığın çıkarı kavramı gereği doğrudan katılım '*direct participation*' göz önünde bulundurularak , hakkaniyete uygun bir şekilde bölüştürülmesinin gerekliliği belirtilmiştir²⁸.

Bu noktada, XI. Bölümdeki maddeleri bir bütün şekilde yorumlamanın en doğru yaklaşım olduğu kanaatindeyim. Gelişmiş devletlerin, insanların ortak mirası olarak kabul edilen Bölge'de faaliyetleri yürütebilmesinin, gelişmemiş veya gelişmekte olan devletlere nazaran daha mümkün olması ve bu devletlerin bu faaliyetlerden elde edeceği ekonomik gelirin, faaliyet maliyetleri ve insanlığın çıkarı kavramı göz önünde bulundurularak hakkaniyete uygun şekilde paylaştırılması en adil uygulama yöntemidir.

3. İnsanlığın Ortak Mirası Kavramı

Yukarda belirtildiği üzere uluslararası deniz yatağı, ilk kez Malta delegesi Arvid Pardo, 1967 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu çalışmaları sırasında, uluslararası deniz yatağının, açık deniz rejiminden farklı, kendine özgü bir rejime bağlanması gerektiğini savunmuştur²⁹. Açık deniz hukuki rejimi serbestlik ilkesidir; devletlerin denize kıyısı olma koşulu

²⁸The Report of the Committee on the Peaceful Uses of the Sea-Bed and the Ocean Floor beyond the Limits of National Jurisdiction, GAOR, 24th Session, Suppl. 22 (Doc.A/7622) Part III, p.52 para.33. Aktaran: Rüdiger WOLFRUM, p. 321.

²⁹Ş. Onat ve R. Türmen, "*Yeni Uluslararası Ekonomik Düzen ve Deniz Yatağı*", Seha L. Meray'e Armağan, Ankara, SBF yayını, Cilt I, 1981, s. 147. Aktaran; Hüseyin Pazarcı, "*Uluslararası Deniz Yatağı Düzeni ve Sorunları*", Ankara, Siyasal Bilgiler Fakülte Dergisi, 1983, s 197.

olmaksızın deniz ve hava ulaşımı, bilimsel araştırma ve kaynaklara ilişkin faaliyetlerin serbestliğini içermektedir.

Ortak anlamına gelen ve açık deniz rejimi olarak kabul edilen ‘*res communis*’, “Aksar’a göre bu ilkenin ileri bir aşaması niteliğinde olan insanlığın ortak mirası, bütünüyle açık denizleri ifade eder.³⁰” İnsanlığın ortak mirası ‘*common heritage of mankind*’, ilk kez Pardo tarafından ortaya konulmuştur. İnsanlığın ortak mirası, üçüncü kavram ‘*tertium genus*’ olarak sadece bahsi geçen alanlardaki kaynaklar için geçerlidir³¹. Üçüncü kavram olarak isimlendirilmesinin sebebi, tarihsel olarak kabul edilen egemenlik rejimi ve açık deniz rejimlerinden farklı bir kavram getirmesidir. Buna göre; Bölge’de madencilik şirketleri dahil tüzel kişiliklerin ve devletlerin, deniz yatağı veya Bölge’deki mineraller üzerinde egemenlik veya mülk gibi hak taleplerinde bulunamamalarıdır³². Ayrıca Pardo, gelişmiş, güçlü devletlerin Bölge’de silahlanması ve okyanus tabanında egemenlik sağlayabileceklerinin endişesini taşıdığını ifade etmiştir³³.

Tarih boyunca devletlerin ekonomik çıkarları doğrultusunda uygulayabilecekleri yöntemler ve verebilecekleri tahribatı göz önünde bulundururken, Pardo’nun bu endişesinin yersiz olmadığını söyleyebiliriz. Uluslararası deniz yatağı olarak adlandırılan ve o dönemdeki teknolojik gelişimin sonucu olarak uluslararası ilgiyi üzerinde bulunduran bu Bölge, ekonomik olarak devletler için yeni bir kazanç sahası oluşturmaktadır. Bu

³⁰ Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk*, İstanbul, 3. Baskı, Seçkin, 2. Cilt, 2015, s. 70. Aktaran: Reşat Volkan Günel, *Uluslararası Hukuk Açısından Uzay Madenciliği*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016, s. 132.

³¹ Tullio Scovazzi, *The Concept of Common Heritage of Mankind and the Genetic Resources of the Seabed beyond the Limits of National Jurisdiction*, Agenda Internacional, Peru, 2007, p. 13.

³² Rothwell and Stephens, p. 127.

³³ Rothwell and Stephens, p. 127.

noktada insanlığın ortak mirası kavramının Bölge'deki rejimi belirlemekte oynadığı rol fazlasıyla önem arz etmektedir.

İnsanlığın ortak mirası kavramının doğması ile bu kavramın içeriği ve BMDHS'nin yürürlüğe girene kadarki dönem içerisinde devletlerin bu kavrama olan yaklaşımlarındaki farklılıklar³⁴, bu kavram ile ilgili başlıca sorunları oluşturmuştur. 'İnsanlığın ortak mirası nedir? Yasal bir kavram mı yoksa ahlaki bir kavram mı? Maddeleri ve etkileri nelerdir?'³⁵ İnsanlığın ortak mirasını 'kavram' olarak nitelendirmemizin terminolojik bir nedeni bulunmaktadır.

Kemal Başlar, 'The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law' adlı kitabının başlangıç bölümünde, insanlığın ortak mirası ile ilgili öğretilerde ve çalışmalarda yazarların hangi terminolojileri kullandığını ve kendisinin bu konudaki yaklaşımına ve sebebine geniş yer vermektedir³⁶.

Başlar, 'doktrin' teriminin bir prensip, teori, kural içerdiğini ve insanlığın ortak mirasının tek başına bir kural oluşturmadığını, bu sebepten ötürü bu terminolojilerin bu kavram için kullanılmasının yanlış olduğunu belirtmiştir³⁷.

³⁴ III. Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi, 2. Örgütün Bölgedeki Yetki ve Sorumlulukları başlığı altında detaylı bilgi verilecektir.

³⁵Brown, E.D., *The Consequences of Non-Agreement*, in Alexander, L.M. ed., *The Law of the Sea: A New Geneva Conference: Proceedings of the 6th Conference of the Law of the Sea Institution*, Rhode Island, Kingston, 21-24 June 1971, 14-19, p. 16.

³⁶Kemal Başlar, *The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law*, Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, p. 1-6.

³⁷Kemal Başlar, p. 3.

İnsanlığın ortak mirası kavramı, uluslararası deniz yatağının yanı sıra uzay hukukunda da kullanılan bir kavramdır. Postyshev, bu kavramın uygulandığı alana göre farklı içerik ve etkilerle kullanıldığını, ayrıca kavramın bir ‘ilke’ olarak kabul edilebilmesi için yeterli yasal niteliklere sahip olmadığını belirtmiştir³⁸.

Boldizsar, yukarda bahsedilen terminolojilerden farklı olarak ‘rejim’ teriminin kullanılabilirliğini incelemiştir. Rejim teriminin, gerekli kuralların ve yasaların, hatta teamül hukukunu içeren bir sistem için kullanılabileceğini, bu nedenle insanlığın ortak mirası için bu genellemeyi yapmanın doğru olmadığını ileri sürmüştür³⁹.

Öğretilerde dahi insanlığın ortak mirası için hangi terimin kullanılması konusunda farklı görüşlerin olması, devletlerin bu kavramın uluslararası deniz hukukundaki etkisi konusunda farklı yorumları olmasını kaçınılmaz kılmaktadır. Devletlerin insanlığın ortak mirasına olan yaklaşımını çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde inceleyeceğiz.

4. Uluslararası Deniz Yatağındaki Kaynaklar

Bölge’de fazla miktarda mineral ve hidrokarbon kaynaklar bulunmaktadır, ancak deniz yatağına oluşan ilginin en önemli sebebi, bu Bölge’deki metal kaynaklardır. 1872-1878 yıllarında ‘HMS Challenger’ adlı

³⁸V.M. Postyshev, *The Concept of the Common Heritage of Mankind: From New Thinking to New Practice*, Moscow, Progress Publishing, 1990, p. 12.

³⁹Nagy Boldizsar, *The Common Heritage of Mankind and the Interests of Future Generations*, Proceedings of 31st Colloquium on the Law of the Outer Space, 1988, p. 323.

sekiz gemilik kraliyet deniz filosunun yaptığı araştırmalar sonucunda deniz tabanında bulunan ilk kaynak polimetalik yumrular olmuştur⁴⁰.

Polimetalik yumrular olarak adlandırılan bu maddeler kaya sertliğinde, 0.5- 25 santimetre çapında olup denizin 4000-6000 metre derinliklerinde bulunmaktadır. Bu yumrular manganez, nikel, bakır, kobalt, alüminyum ve demir gibi diğer değerli kaynakları kapsamaktadır⁴¹. Gerek BMDHS, gerekse öğretiler polimetalik yumrular üzerinde yoğunlaşmıştır. Ancak, derin deniz yatağında bulunan mineralleri üç ana başlıkta toplamak kanaatimizce daha doğrudur. Bunlar, polimetalik yumrular '*polymetallic nodules*', polimetalik sülfürler '*polymetallic sulphides*' ve ferromanganez kabuklarıdır '*ferromanganese crusts*'⁴².

Polimetalik yumrular belirttiğimiz üzere en çok ilgi duyulan kaynak olmuştur, bundan ötürü bu kaynağın nerede ve nasıl elde edileceği üzerine çalışmalar yapılmıştır. 1970'li yıllardan itibaren sadece gelişmiş devletler tarafından değil, gelişmekte olan devletler tarafından da yumru madencilik sistemleri denenmiş ve dizayn edilmiştir⁴³. Bu teknikler arasında en etkili olarak kabul edilen sistem, deniz tabanını tarayıp, yumruları ezdikten sonra madeni yeryüzüne çıkaran hidrolik madencilik sistemidir.

⁴⁰ISA, Polymetallic Nodules. www.isa.org.jm/files/documents/EN/Brochures/ENG7.pdf; Hjalmar, "Use and Protection of the Deep Sea- An Introduction", Deep Sea Research II, vol 38, 3427.

⁴¹ Rothwell and Stephens, p. 123.

⁴² International Seabed Authority, Minerals, <https://www.isa.org.jm/mineral-resources/55>.

⁴³NK Mittal, PK Sen, "India's First Medium-Scale Demonstration Plant for Treating Poly-Metallic Nodules", Minerals Engineering, Amsterdam,Elsevier, Volume 16, Issue 9, 2003, p. 865.

Ferromangenez kabuklar ise volkanik deniz dağlarının ‘*volcanic seamounts*’ çevresinde veya üzerinde bulunur. Bu kabuklar 25 santimetre kalınlığa kadar olabilmekte ve okyanus tabanının %1.7 sini kaplamaktadır. Önemli bir kobalt, mangenez ve nikel kaynağı olan bu kabukların madenciliğinin oldukça zor olduğu kabul edilir. Bunun sebebi kayalıklar üzerinde bulunan bu kabukların, kayalıklardan ayırmadan çıkarılmasıdır⁴⁴.

Hidrotermal baca veya ağızların ‘*hyrdothermal vents*’ yanlarında bulunan polimetalik sülfürler, maden şirketlerin önemsedığı bir diğer kaynak olmuştur. Sülfürler kurşun, çinko, bakır, hatta altın ve gümüş gibi değerli ana metaller içermektedir. Bazı bacaların kıyılara yakınlığı, sağlık derecesi ve fevkalade değerli madenler içermesinden ötürü sülfür madenciliğinin, diğer madenleri işlemekten daha ekonomik ve kolay olduğu kabul edilmektedir⁴⁵.

II. Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi

1. UDYO’nin Kuruluşu ve Organları

Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi (**UDYO**), Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi 1982 ve XI. Bölümün Uygulanmasına İlişkin 1994 Anlaşması ile kurulan özerk bir uluslararası organizasyondur. Deniz Yatağı Uluslararası Otoritesi, ulusal yetkinin dışında kalan uluslararası deniz yataklarındaki kaynaklarla ilgili çalışmaları düzenleyen ve kontrolün taraf ülkelerce yapılmasını sağlamaktadır. Deniz Yatağı Uluslararası Otoritesi, Sekreterya (Secretariat) haricinde Genel Kurul, Konsey, Finans Komitesi ve

⁴⁴International Seabed Authority, Cobalt-Rich Crusts, www.isa.org.jm/files/documents/EN/Brochures/ENG9.pdf, 1.

⁴⁵Hoagland Porter, *Deep-Sea Mining of Seafloor Massive Sulfides*, Marine Policy, Volume 16, Massachusetts, 2010, p. 728-729.

son olarak Hukuki ve Teknik Komitesi olmak üzere dört ana organdan oluşmaktadır.

Genel Kurul 167 üye devletin eşit katılımıyla oluşan en üst organdır ve yılda en az bir kez toplanmaktadır. Kurul, gerek öze ilişkin gerekse usule ilişkin kararlar almaktadır. Öze ilişkin kararları 2/3 çoğunluk, usule ilişkin kararları basit çoğunlukla alabilmektedir.

Konsey ise bu devletler tarafında seçilen 36 üye devlet tarafından oluşturulup, Uluslararası Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin XI. Bölümüne uygun bir biçimde şirketler ve diğer kuruluşlar tarafından derin deniz minerallerine ilişkin yapılan keşif ve araştırmaların teşviki ve denetlemesinden sorumludur⁴⁶. Bu konsey, yılda en az üç kez olmak üzere toplantılar gerçekleştirmek zorundadır. Seçilen 36 devletin yarısı 'coğrafik dağıtım ilkesine'⁴⁷ göre saptanmaktadır, diğer 18 devlet ise, deniz yataklarında üretilebilecek maden türlerinin önemli tüketicisi 4 devlet, yatırım yapacak 4 devlet, önemli üretici 4 devlet ve bu alanlara ilişkin özellikleri olan 6 devletten oluşmaktadır.⁴⁸

Şu anki Genel Sekreter Michael W. Lodge başkanlığında bütün personeli kapsayan Sekretery'a'nın görevi ise örgütün politika uygulamalarını, dış ilişkilerini, protokol konularını, irtibatı ve yetki temsilini içermektedir⁴⁹.

⁴⁶ International Seabed Authority, <https://www.isa.org.jm/authority/council-structure-mandate>.

⁴⁷ Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri 2. Kitap*, Ankara, Turhan Kitabevi, 9. Bası, 2013, s. 404.

⁴⁸ Hüseyin Pazarcı, "*Uluslararası Deniz Yatağı Düzeni ve Sorunları*", s. 201.

⁴⁹ International Seabed Authority, <https://www.isa.org.jm/authority/office-secretary-general>.

İşletme organı, (5 yıllık süre için atanan Genel Müdür, 15 kişilik bir Yönetim Kurulu ve daimi personel tarafından) Otorite adına deniz yatağındaki kaynakların işlenmesi, nakledilmesi ve pazarlanması konusunda, Genel Kurul'un koyduğu kurallar ve Konsey'in denetimi altında görev yapmaktadır⁵⁰.

2. UDYO'nin Bölgedeki Yetki ve Sorumlulukları

Kanaatimizce insanlığın ortak mirası kavramına yer veren BMDHS 136. Ve 137. Maddeler, Otorite'nin kurulmasını öngören 156. Maddeye ve yetkilerini belirten 157. Maddeye yön vermektedir. Bölge'de yapılacak faaliyetlerin kurallara uygun yürütülmesi ve bu faaliyetler sonucunda elde edilecek kaynakların eşitlikten öte hakça bir biçimde paylaşılabilmesi için gerekli devletlerden bağımsız bir yönetim sistemi gerekmektedir. Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'nin yapısı ve yetkileri bu temel üzerinde kurulmuştur.

BMDHS'nin XI. Kısmı, UDYO'nun yetkileri ve sorumluluklarını ayrıca devletlerin ve şirketlerin sahip oldukları hak ve yetkileri belirtmiştir. Örgüt deniz yatağında yapılacak olan araştırmalar ve işletilmesi dışında faaliyetlerin barışçıl şekilde yürütülmesi⁵¹, bilimsel araştırmalar⁵², deniz doğasının korunması⁵³ ve su altı kültür mirasının muhafaza edilmesi gibi konularda da sorumlulukları vardır. Otorite'ye üye devletler yapılan araştırma

⁵⁰ International Seabed Authority, <https://www.isa.org.jm/authority/finance-committee>.

⁵¹ BMDHS 141.

⁵² BMDHS 143.

⁵³ BMDHS 145.

ve madencilik faaliyetlerinde Bölge'nin çevre korunmasına önem göstererek, doğa kirliliği yaratacak faaliyetlerden kaçınmaları gerekmektedir⁵⁴.

İngilizce terminoloji olan '*Constitution*' Anayasa olarak tabir edebileceğimiz '*Establishment*' kuruluş anlaşması, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi 1982'nin XI. Kısımında bulunmasına karşın Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi, Birleşmiş Milletlerden ayrı uluslararası bir örgüttür. Örgüte üye devletler deniz yatağındaki faaliyetleri, örgütün farklı organları içerisinde organize ve kontrol etmektedir⁵⁵. Otorite, BMDHS'nin 1982'de kabul edildikten sonra ve 1994'de yürürlüğe konulması ile birlikte faaliyete geçmiştir.

Ancak, UDYO'nun yetkileri 1994 Anlaşmasının sınırlandırması ile yukarda bahsettiğimiz gelişmiş devletlerin eli güçlendirilmiştir. Gelişmiş devletler ve bu devletlerin uyruğundaki şirketlerin yapacakları araştırmalar ve madencilik faaliyetleri sonucunda elde edilecek kazançta artış sağlayacak düzenlemeler getirilmiştir. Bunun birincil sebebi gelişmiş devletlerin derin deniz yatağı madenciliğindeki düzenlemelerin onlar için kabul edilebilir olmadığı ve iyileştirme yapılmadığı takdirde Antlaşmaya taraf olmayacaklarıydı. 1994 Anlaşması ile getirilen değişikliklerden başlıcaları şunlardır:

- Taraf devletler için büyük ölçüde azaltılmış maliyetler
- İşletme organı ile ortak Girişimlerin yolunun açılması

⁵⁴ Michael C. Wood, "*International Seabed Authority: The First Four Years*", Max Plank Yearbook of United Nations Law, Vol 11, 2007, p. 51.

⁵⁵ The International Seabed Authority Structure and Functioning, <https://www.isa.org.jm/sites/default/files/files/documents/isastructfunc.pdf>

- Özel çıkarların korunması için yeni karar alım prosedürleri
- Gözden geçirme konferansının kaldırılması⁵⁶

Kanaatimizce, Anlaşma'nın gelişmiş devletlerin elini güçlendirmesi, insanlığın ortak mirası kavramının içeriğini daraltmamaktadır. Öncelikle bu değişikliklerin yapılması BMDHS 1982'nin bu devletlerin çoğu tarafından kabulünü ve böylece uluslararası deniz hukukunu kapsayan tüm alanlardaki kuralların evrensel geçerliliğini onaylamıştır. Devletlere tanınan yeni haklar, Otorite'nin temel organları içerisindeki yetkilerini artırmış, örgütün ulus üstü yönetim anlayışı kısıtlanmıştır ancak bu insanlığın ortak mirası kavramını etkiler düzeyde değildir. 1994 Anlaşması'nda da, 1982 BMDHS'nin 153. Maddesi'nde belirtildiği üzere Bölge'de gerçekleştirilecek faaliyetleri UDYO tarafından bütün insanlığın ortak çıkarlarına uygun şekilde düzenleneceğini, yürütüleceğini ve kontrol edileceğini ifade etmektedir.

3. UDYO ve Devletler Arasındaki İlişki

Devletlerin bu Örgüte 'ipso facto' üye olmasının⁵⁷, Örgütün bağımsız niteliğe sahip olmasının sebebi, yukarda da belirtildiği üzere devletlerin insanlığın ortak mirası kavramına olan yaklaşımlarının ve tutumlarının farklılıklar göstermesiydi. BMDHS'nin XI. Kısmı'nın ilk formatı UDYO'ne geniş ve kapsamlı yetkiler tanımıştır⁵⁸.

⁵⁶ Michael C. Wood, p. 181.

⁵⁷ BMDHS 156/2

⁵⁸For a comprehensive commentary on the original Part XI provisions and the changes effected by the 1994 Agreement, see Virginia Commentaries, vol 6.

Mütekabil Devletler Rejimi⁵⁹ ‘*Reciprocating States Regime*’ olarak adlandırılan ve Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, Sovyet Sosyalist Cumhuriyet Birliği gibi devletlerin başını çektiği gelişmiş devletlerin Antlaşmayı desteklemedikleri gibi, iç hukuklarında da Bölge’de yapılacak olan araştırmaların açık deniz rejimine tabi olduğunu kabul etmişlerdir⁶⁰. O dönemin Amerika Birleşik Devletleri Başkanı Ronald Reagan kurumsal önyargı ile oluşturulmuş evrensel bir rejimin ABD’nin ve mütteffiklerinin çıkarlarına, politik özgürlüklerine, özel mülkiyetlerine ve çıkarlarına karşı ihmal içeren, gelecekteki olası görüşmelere örnek oluşturabilecek bir antlaşmaya taviz gösteremeyeceklerini belirtmiştir⁶¹.

Diğer tarafta ise 77 Grubu ‘G-77’ adlı gelişmekte olan devletlerin kollektif ekonomik çıkarlarını ve Birleşmiş Milletler görüşmelerinde müzakere kapasitelerini güçlendirmek için kurulmuş bir koalisyon vardı⁶². Her ne kadar bu devletler Otorite’nin deniz yatağının keşfinde ve işletilmesinde geniş haklara sahip olması gerektiğini savunmuşsa da, 1982 BMDHS’nin oluşturduğu Hazırlık Komisyonu’nun verdiği kararlar sonucunda gelişmiş devletlerin eli güçlendirilmiştir. Hazırlık Komisyonu’nun

⁵⁹ Ali İbrahim Akkutay, “Uluslararası Hukuk Bakımından Derin Deniz Yatağında Yer Alan Kaynakların Araştırılması, Keşfi ve İşletilmesi”, Ankara, Ankara Barosu Dergisi, 2016, s. 165.

⁶⁰ Robin Rolf Churchill, Alan Vaughan Lowe, *The Law of the Sea*, Manchester, Manchester University Press, 3rd edn, 1999, p. 232.

⁶¹ Lea Brilmayer, “*Land and Sea: Two Sovereignty Regimes In Search of a Common Denominator*”, Faculty Scholarship Series, Paper 2523, 2001, p 728. James L. Malone, “*The United States and the Law of the Sea*”, 24 VA. INT’L L. 1984, p 785-86. The European Community also considered that Part XI was defective since the mechanism was ‘too heavy and weighted against the individual firms and consortia that wish to engage in seabed mining.’ Michael Hardy, “*The Law of the Sea and the Prospects for Deep Seabed Mining: The Position of the European Community*”, 17 OCEAN DEV. & INT’L LJ. 1986, p. 309, 314.

⁶² The Group of 77 at the United Nations, <http://www.g77.org/doc/index.html#aim>

2. Kararı ‘ *Resolution II* ’ tam anlamıyla bir imtiyaz kararıydı. 77 Grubu verdiği bu imtiyazlar⁶³ sonucunda endüstrileşmiş batı devletlerinin BMDHS’ne taraf olmalarında büyük bir rol oynamıştır⁶⁴.

İnsanlığın ortak mirası kavramı açıkca taraf devletleri kapsamaktadır. Taraf olmayan devletlerin durumu bir noksan olarak gözlemlenmektedir. Bu kavramın doğası gereği tüm insanlık ve mensubu oldukları devletler sözleşmeye taraf olsun olmasın uluslararası deniz yatağı Bölgesi’nde elde edilecek ekonomik kazançlarda pay sahibi olabilirliği tartışılması gereken bir konudur. Türkiye’nin BMDHS’ne taraf olmadığı göz önünde bulundurulsa, bu noktanın önemi bizler açısından daha da artmaktadır.

Antlaşmalar ve taraf olmayan devletler arasındaki genel ilişkisi, taraf olmayan devletler bakımından ne hak ne de yükümlülük doğurmadığı ‘*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*’ şeklinde kabul edilmektedir⁶⁵. Taraf olmayan devletler yani 3. Devletler ‘*Third State*’ tabiri 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nde bir sözleşmeye taraf olmayan devlet olarak tanımlanmıştır⁶⁶.

Bu genel yaklaşım bazı istisnalara sahiptir. Bu istisnaların başında buyruk kuralları ‘*jus cogens*’ gelmektedir. Jus cogens kurallar ilk kez 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin (VAHS) 53. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre *jus cogens* kurallar, tüm uluslararası toplum

⁶³Bknz 56. dipnot

⁶⁴Rothwell and Stephens, p. 131.

⁶⁵Lord McNair, *The Law of the Treaties*, 1961, 309; Harvard Research article 18: ‘(a) a treaty may not impose obligations upon a State which is not party thereto; (b) if a treaty contains a stipulation which is expressly for the benefit of a State which is not a party or a signatory to the treaty, such a State is entitled to claim the benefit of the stipulation so long as the stipulation remains in the force between parties to the treaty.

⁶⁶ 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi Madde 2 para 1.

tarafından kabul edilmiş ve kendisine aykırı hareket edilmesi mümkün olmayan kurallardır.

Bu noktada Sözleşme'nin 311. Maddesi'nin 6. Paragrafı önem kazanmaktadır. İlgili bölümde taraf devletler 136. Madde'de belirtilen insanlığın ortak mirası kavramının değiştirilemez olduğunu ve bu kavramı değiştiren '*derogation*' antlaşmalar taraf olmayacağını kabul etmişlerdir. Bazı devletler bu madde ile insanlığın ortak mirasını *jus cogens* olarak kabul edildiği düşüncesini benimsemiştir⁶⁷. Kavramın, *jus cogens* olup olmadığı konusu yazarları da ikiye ayırmıştır. Bazı yazarlar, derin deniz yatağı kaynaklarının antlaşma hukuk sisteminden çıkarılmasının yasal olmadığı görüşünü savunurken, diğer yazarlar ise Bölge'nin işletilmesinden elde edilecek kazançların bir kısmının taraf olmayan devletlerle paylaşılmasının uluslararası hukuka aykırı olmayacağı görüşünü savunmuşlardır⁶⁸.

Antlaşmalar taraf olmayan devletlere hak ve yükümlülük getirmesinin bir diğer yolu da uluslararası örf ve adet kurallarıdır. Teamül hukuku veya yapılageliş kuralları olarak da kabul edilen bu kurallar Viyana Antlaşmalar

⁶⁷ Chilean proposal of 1979 (Informal mimeographed document (F/14) by Chile of 20 August 1979, reproduced in R. Platzöder (ed.), *The Law of the Sea: Documents*, Vol. XII (New York, Oceana, Dobbs Ferry, 1990) at 390), resubmitted in 1980 (Informal mimeographed document (GP/9) by Chile of 5 August 1980, 302. These two proposals are identical and read as follows: 'The State Parties to the present Convention accept

and recognize on behalf of the international community as a whole that the provision relating to the common heritage of mankind set out in article 136 is a peremptory norm of general international law from which no derogation is permitted and which, consequently, can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character'.

⁶⁸ N. Matz-Lück, "*The Concept of the Common Heritage of Mankind: Its Viability as a Management Tool for Deep-sea Genetic Resources*", in: A.G. Oude Elferink and E.J. Molenaar editors, *The International Legal Regime of Areas Beyond National Jurisdiction: Current and Future Developments*, Leiden, Nijhoff, 2010, p 65.

Hukuku Sözleşmesinde yer almıştır. VAHS'nin 38. Maddesinde bir antlaşmanın uluslararası teamül hukuku oluşturması durumunda, bu antlaşmanın kurallarının üçüncü devletleri bağladığı belirtilmiştir⁶⁹. Yapılageliş kurallarının var olabilmesi için iki temel öge olan maddi öge ve psikolojik ögenin birleşmesi gerekmektedir. Devletler aynı durumlarda aynı tutumları süreki olarak göstermesi ve bunun hukuki bir zorunluluk olarak kabul ettikleri için yerine getirmeleri gerekmektedir⁷⁰.

Günel, devletlerin ekonomik çıkarlarını üst düzeyde ilgilendiren uzay madenciliğinde olduğu gibi uluslararası deniz yatağında da hukuki statünün belirlenmesinde güçlü devletlerin katılımının uluslararası hukuktaki önemini belirtmiştir⁷¹. Ancak, Amerika Birleşik Devletleri, 1982 BMDHS'ne taraf olmadığı gibi uluslararası deniz yatağı rejimini ve insanlığın ortak mirası kavramının bu Sözleşme'ye taraf olmayan devletlerin tek taraflı araştırma ve madencilik yapmasına engel yaratmadığı görüşündedir⁷². *Deep Seabed Hard Mineral Resources Act of 1980* isimli çıkardığı yasada açıkça Birleşik Devletler deniz yatağındaki kaynakları üzerinde faaliyetleri tek taraflı sürdürebileceğini ve bunun yapılageliş kuralı olan açık deniz rejiminin bir sonucu olduğunu belirtmiştir⁷³.

Ayrıca, uluslararası antlaşmalar genellikle taraf devletler üzerinde yükümlülükler ve haklar yaratmasına karşılık, 'objektif statü yaratan' olarak adlandırılan istisnai antlaşmalar bütün devletlerin yaralanabileceği türden haklar yaratır. Bu türden antlaşmalar uluslararası deniz taşımacılığı

⁶⁹ 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi Madde. 38.

⁷⁰ Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, s 104-106.

⁷¹ Reşat Volkan Günel, s. 136.

⁷² Age, s. 137.

⁷³ U.S. 1980 Deep Seabed Hard Mineral Resources Act, Section 3 (a) (1).

bakımından önemli olan geçiş yollarıyla ilgili olabildiği gibi, dünya yüzündeki belirli bir alanla ilgili de olabilir. Ticari gemilerin Türk Boğazları'ndan geçiş hakkını dünyadaki bütün devletlere tanıyan Montrö Sözleşmesi örnek olarak gösterilebilir⁷⁴.

Kanaatimizce taraf olmayan devletlerin uluslararası deniz yatağındaki minerallerde hak sahibi olması konusunda tartışılması gereken bir diğer nokta ise Sözleşme'nin kendi içeriğidir. BMDHS'nin 137(2) Maddesi; Bölge'den elde edilecek kaynaklarla ilgili haklar bir bütün olarak insanlığa '*mankind as a whole*' kazandırılmalıdır ve Otorite bu amaç için hareket etmelidir. İnsalık bir bütün olarak ele alınmıştır, bu sebepten ötürü devletlerin taraf olmaları göz önünde bulundurulmaksızın, uluslararası deniz yatağındaki kaynaklardan elde edilecek kazanç paylaştırılmalıdır.

4. Uluslararası Deniz Yatağına İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümü

Otorite bugüne kadar Bölge'de yapılacak keşif ve araştırmalara ilişkin 26 sözleşme imzalamıştır⁷⁵. Bu sözleşmeler devletlerin yanı sıra kamu tarafından desteklenen şirketler, enstitüler ve 2011 yılına kadar dahil

⁷⁴ Rona Aybay, *Kamusal Uluslararası Hukuk*, İstanbul, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016, s 88.

⁷⁵ As at 31 May 2016, 24 contracts for exploration had entered into force '15 for polymetallic nodules, 5 for polymetallic sulphides and 4 for cobalt rich ferromanganese crusts'. As at 31 May 2017, the number of contracts has increased to 27 '17 for polymetallic nodules, 6 for polymetallic sulphides and 4 for cobalt rich ferromanganese crusts'. Assembly, Report of the Secretary-General of the International Seabed Authority under Article 166, Paragraph 4, of the United Nations Convention on the Law of the Sea, 22nd sess, ISBA/22A/2 (11–22 July 2016) [46]; Council, Status of Contracts for Exploration and Related Matters: Report of the Secretary-General, 23rd sess, Provisional Agenda Item 7, ISBA/23/C/7 (5 June 2017

edilmeyen özel şirketler ile de yapılmıştır⁷⁶. Sözleşmelerde farklı statüde tarafların bulunmasından ötürü derin deniz yatağı madenciliğine ilişkin yasal çerçeve kendine münhasırdır ‘*sui generis*’⁷⁷. Otorite’nin kuralları, düzenlemeleri ve prosedürleri deniz yatağı madenciliğine katılan tüm taraflar üzerinde bağlayıcıdır ve uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin kurallarda yasal temeli oluşturmaktadır⁷⁸. Sözleşme’nin 287. Maddesi uyuşmazlıkların çözümü için bağlayıcı karar veren uluslararası yargı ve hakemlik organlarını belirtmektedir;

- Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi
- Uluslararası Adalet Divanı (U.A.D)
- Ad hoc uluslararası hakem mahkemesi
- BMDHS VIII Ekinde oluşturulan özel hakem mahkemesi

Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi (**UDHM**), Sözleşme’ye Ek VI. Kısım’nda Bölge’deki uyuşmazlıkların çözümü konusunda yetkilendirilmiştir. UDHM, davalara bakmak, danışma görüşü sunmak ve geçici koruma önlemi kararı alabilmektedir⁷⁹. Uyuşmazlıklar BMDHS’nin V. Ekindeki düzenlemeler ile çözüme bağlanamadığı durumlarda Sözleşme’nin 297-298. Maddeleri çerçevesinde zorunlu yargı veya hakemliğe

⁷⁶ Linlin Sun, “*Dispute Settlement Relating to Deep Seabed Mining: A Participant’s Perspective*”, Melbourne Journal of International Law, Vol 18, 2017, p 5.

⁷⁷ Linlin Sun, “*Dispute Settlement Relating to Deep Seabed Mining: A Participant’s Perspective*”, Melbourne Journal of International Law, Vol 18, 2017, p 5.

⁷⁸ Council, Decision of the Council of the International Seabed Authority relating to Amendments to the Regulations on Prospecting and Exploration for Polymetallic Nodules in the Area and related Matters, 19th sess, ISBA/19/C/17 (22 July 2013) annex (‘Regulations on Prospecting and Exploration for Polymetallic Nodules in the Area’) reg 40; Assembly, Decision of the International Seabed Authority regarding the Amendments to the Regulations on Prospecting and Exploration for Polymetallic Nodules in the Area, 19th sess, 142nd mtg, ISBA/19/A/9 (25 July 2013).

⁷⁹BMDHS 1982 EK VI. Kısım

gidilmektedir⁸⁰. Mahkemenin taraflar isterse ad hoc hakemlik kurma yetkisi olduğu gibi, sürekli var olan Deniz Yatağı Uyuşmazlıkları Dairesine sahiptir.

XI. Kısım'ın 5. Bölümü deniz yatağındaki uyuşmazlıkların çözümü için uzman yargı sistemi olarak kabul edilen Deniz Yatağı Uyuşmazlıkları Dairesi **(DYUD)** '*Seabed Disputes Chamber*' kurmuştur⁸¹. DYUD, BMDHS'nin 186. ve 285. Maddelerine göre, XV. Kısım'ın 1. Bölüm'ü deniz yatağı madenciliğine ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde yetkilendirilmiştir ve Sözleşme'ye Ek V.'in 1. Bölümü uzlaştırma prosedürlerini içermektedir. Ancak bu yetki daha önce kullanılmamıştır⁸². Ayrıca, BMDHS'ndeki ilgili maddelerine ek olarak, Otorite'nin kuralları, düzenlemeleri ve ilgili devletlerin yasaları göz önünde bulundurularak uyuşmazlıklar çözümlenmeye çalışmıştır.

Sözleşme uyuşmazlıkların çözümü konusunda iki aşamalı bir sistem getirmiştir⁸³. Birinci aşama Sözleşme'nin XV. Kısım'ının 1. Bölümünde, ikinci aşama ise genel uyuşmazlıkların çözümünde 2-3. Bölümünde, özel durumlarda ise XI. Kısım'ının 5. Bölümünde belirtilmiştir. Sözleşme geleneksel uluslararası hukuk düzeninde kabul edilen yargısal yollara başvurma konusunda da tarafların iradesi asıldır ibaresine saygı

⁸⁰ Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri 4. Kitap*, Ankara, Turhan Kitabevi, 3. Bası, 2016, s. 63.

⁸¹ BMDHS 1982 XI. Kısım 5. Bölüm

⁸² Ali İbrahim Akkutay, "*Uluslararası Hukuk Bakımından Derin Deniz Yatağında Yer Alan Kaynakların Araştırılması, Keşfi ve İşletilmesi*", Ankara, Ankara Barosu Dergisi, 2016, s. 185.

⁸³ Philippe Gautier, "*The Settlement of Disputes*" in David Joseph Attard, Malgosia Fitzmaurice and Norman Gutiérrez editors, *The IMLI Manual on International Maritime Law: The Law of the Sea*, Oxford, Oxford University Press, Vol 1, 2014, p. 533.

göstermektedir⁸⁴. Ancak ikinci aşamada Sözleşme devlet rızasına ‘*state consent*’ kısıtlama getirmektedir. Kanaatimizce zorunlu yargı sistem kurulması, Sözleşmenin getirdiği çok önemli bir gelişimdir. Sözleşme’nin 187. Maddesi zorunlu yargı sistemi içermektedir⁸⁵.

Sonuç

1967 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu çalışmaları sırasında, Malta delegesi Arvid Pardo uluslararası deniz yatağının açık deniz olarak değil de kendine özgü bir rejime bağlanması gerektiğini savunması sonucunda uluslararası ilgiyi, çalışmaları ve tartışmaları üzerine çeken uluslararası deniz yatağı, 1982 BMDHS ve 1994 Tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi’nin XI. Kısımının Uygulanmasına İlişkin Anlaşma çerçevesinde Bölge’nin hukuki statüsü ilk kez kodifikasyon ile düzenlenmiştir.

Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi 1982 ve XI. Bölümün Uygulanmasına İlişkin 1994 Anlaşması ile Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi kurulmuştur. Sözleşme, kaynakların ‘*resources*’, deniz yatağının üstünde veya toprak altında doğal olarak bulunan polimetallik yumruları da dahil, katı, sıvı ve gaz bütün madensel kaynakları kapsadığını ve bunlarla ilgili çalışmaları düzenlemek ve kontrol etmek için Deniz Yatağı Uluslararası Otoritesini görevlendirilmiştir.

Bölge’de fazla miktarda mineral ve hidrokarbon kaynaklar bulunmaktadır, ancak deniz yatağına oluşan ilginin en önemli sebebi, bu Bölge’deki metal kaynaklardır. Sözleşme’nin 137. Maddesi’nde Bölge’deki

⁸⁴BMDHS 1982 280.

⁸⁵BMDHS 1982 187.

kaynaklar olarak sadece maden kaynaklarından bahsedilmiş olmasına rağmen zaman içerisinde ilgi ve faaliyetlerin canlı kaynakları da içermesi olası gözükmemektedir.

Sürecin uzun ve sancılı olmasının ana sebebi devletlerin insanlığın ortak mirası kavramına ve Bölge’de UDYO gibi yapısı ve yetkisi geniş bir uluslararası örgütün varlığına olan yaklaşımları ve tutumlarının farklılıklar göstermesidir. Gelişmiş devletlerin kendi ekonomik çıkarlarını gözetmesi, araştırma ve keşfi kendileri herhangi bir örgüte veya başka devlete bağımsız şekilde yürütmek istemesi, buna karşı gelişmekte olan devletlerin bölgede söz sahibi bir örgüt bulunmasının gelişmiş devletlerin, haklarını gasp edememesi açısından öneminin farkındaydılar. Görüş ayrılıkları doğal olarak Bölge’de uyuşmazlıklara sebebiyet verebilir, Sözleşme ile Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi kurulmuştur. Mahkeme uyuşmazlık taraflarınca istendiği takdirde ad hoc hakemlik kurabilme yetkisine sahip olmasının yanı sıra, himayesinde, deniz yatağındaki uyuşmazlıkların çözümü için uzman yargı sistemi olarak Deniz Yatağı Uyuşmazlıkları Dairesi bulunmaktadır.

Sonuç olarak, 1967 yılında A. Pardo’nun ilk kez öne sürdüğü uluslararası deniz yatağı 50 yıla aşkın bir süreden itibaren uluslararası toplumun tartışma konularından biri olmasına rağmen günümüzde Bölge’deki rejim evrensel kabul görmemekte ve Otorite’nin yetkisi ve taraf olmayan devletlerle ilişkisi tartışmaya açık bir konu olarak görünmektedir.

Kaynakça:

Kitaplar:

AV Lowe, *The International Seabed: A Legacy of Mistrust*, Marine Policy, Amsterdam, Elsevier Publishing, 1982.

Brown, E.D., *The Consequences of Non-Agreement*, in Alexander, L.M. ed., *The Law of the Sea: A New Geneva Conference: Proceedings of the 6th Conference of the Law of the Sea Institution*, Rhode Island, Kingston, 21-24 June 1971.

Donald R. Rothwell and Tim Stephens, *The International Law of the Sea*, Oxford, Hart Publishing, 3rd edition, 2012.

DP O’Connell, *The International Law of the Sea*, Vol 1, Oxford, Clarendon Press, 1982.

Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri 2. Kitap*, Ankara, Turhan Kitabevi, 9. Bası, 2013.

Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri 4. Kitap*, Ankara, Turhan Kitabevi, 3. Bası, 2016.

Kemal Başlar, *The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law*, Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1998.

Nagy Boldizsar, *The Common Heritage of Mankind and the Interests of Future Generations*, Proceedings of 31st Colloquium on the Law of the Outer Space, 1988.

Reşat Volkan Günel, *Uluslararası Hukuk Açısından Uzay Madenciliği*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016.

Robin Rolf Churchill, Alan Vaughan Lowe, *The Law of the Sea*, Manchester, Manchester University Press, 3rd edn, 1999.

Rüdiger WOLFRUM, *The Principle of the Common Heritage of Mankind*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Munich, Max-Planck Institute, Vol. 43, 1983.

V.M. Postyshev, *The Concept of the Common Heritage of Mankind: From New Thinking to New Practice*, Moscow, Progress Publishing, 1990.

Makaleler:

Ali İbrahim Akkutay, “*Uluslararası Hukuk Bakımından Derin Deniz Yatağında Yer Alan Kaynakların Araştırılması, Keşfi ve İşletilmesi*”, Ankara, Ankara Barosu Dergisi , 2016.

Hoagland Porter, “*Deep-Sea Mining of Seafloor Massive Sulfides*”, Massachusetts, Marine Policy, Volume 16, 2010.

Hüseyin Pazarcı, “*Uluslararası Deniz Yatağı Düzeni ve Sorunları*”, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt 38, Sayı 1, 1983.

ISA, Polymetallic Nodules.

www.isa.org.jm/files/documents/EN/Brochures/ENG7.pdf; Hjalmar, “*Use and Protection of the Deep Sea- An Introduction*”, Deep Sea Research II, vol 38, 3427.

James L. Malone, “*The United States and the Law of the Sea*”, 24 VA. INT'L L. 1984.

Lea Brilmayer, “*Land and Sea: Two Sovereignty Regimes In Search of a Common Denominator*”, Faculty Scholarship Series, Paper 2523, 2001.

Linlin Sun, “*Dispute Settlement Relating to Deep Seabed Mining: A Participant's Perspective*”, Melbourne, Melbourne Journal of International Law, Vol 18, 2017.

Lord McNair, “*The Law of the Treaties*”, 1961, 309; Harvard Research article 18: ‘(a) a treaty may not impose obligations upon a State which is not party thereto: (b) if a treaty contains a stipulation which is

expressly for the benefit of a State which is not a party or a signatory to the treaty, such a State is entitled to claim the benefit of the stipulation so long as the stipulation remains in the force between parties to the treaty.

Mazen Adi, *“The Application of Law of the Sea and the Convention of the Mediterranean Sea”*, United Nations-Nippon Foundation Fellow 2008 – 2009, New York, Divisions for Ocean Affairs and The Law of the Sea Office of Legal Affairs, the United Nations, 2009.

Mehmet Gönlübol, *“Ulusal Yetki Sınırları Ötesindeki Deniz Yatağı ve Okyanus Tabanının Barışçı Amaçlarla Kullanılması Komitesi'nin Çalışmaları Birleşmiş Milletler Milli Yetki Sınırları Dışındaki Deniz ve Okyanuslar Yatağının Barışçıl Amaçlarla Kullanılması Komitesi'nin Çalışmaları”*, (Deniz Yatağı Komitesi) ve 19 Temmuz- 27 Ağustos 1971 tarihleri arasındaki Cenevre Konferansı hakkında rapor, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt 26, Sayı 3, 1971.

Michael C. Wood, *“International Seabed Authority: The First Four Years”*, Max Plank Yearbook of United Nations Law, Vol 11, 2007.

Michael Hardy, *“The Law of the Sea and the Prospects for Deep Seabed Mining: The Position of the European Community”*, 17 Ocean Dev. & Int'l Lj. 1986.

N. Matz-Lück, “*The Concept of the Common Heritage of Mankind: Its Viability as a Management Tool for Deep-sea Genetic Resources*”, in: A.G. Oude Elferink and E.J. Molenaar editors, “*The International Legal Regime of Areas Beyond National Jurisdiction: Current and Future Developments*”, Leiden, Nijhoff, 2010.

NK Mittal, PK Sen, “*India’s First Medium-Scale Demonstration Plant for Treating Poly-Metallic Nodules*”, Minerals Engineering, Volume 16, Issue 9, Elsevier, 2003.

Philippe Gautier, “The Settlement of Disputes” in David Joseph Attard, Malgosia Fitzmaurice and Norman Gutiérrez editors, *The IMLI Manual on International Maritime Law: The Law of the Sea*, Oxford University Press, 2014.

Ş. Onat ve R. Türmen, “*Yeni Uluslararası Ekonomik Düzen ve Deniz Yatağı*”, Seha L. Meray’e Armağan, Ankara, SBF yayını, Cilt I, 1981, s. 147. Aktaran; Hüseyin Pazarcı, “*Uluslararası Deniz Yatağı Düzeni ve Sorunları*”, Ankara, Ankara Siyasal Bilgiler Fakülte Dergisi, 1983.

Tullio Scovazzi, *The Concept of Common Heritage of Mankind and the Genetic Resources of the Seabed beyond the Limits of National Jurisdiction*, Peru, Agenda Internacional, 2007.

Uluslararası Antlaşmalar:

1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi

1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi

1994 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin XI. Kısımının Uygulanmasına İlişkin Anlaşma

Uluslararası Belgeler:

Bering Sea Fur Seals (Great Britain v United States) 1898.

Chilean proposal of 1979 (Informal mimeographed document (F/14) by Chile of 20 August 1979, reproduced in R. Platzöder (ed.), The Law of the Sea: Documents, Vol. XII (New York, Oceana, Dobbs Ferry, 1990) at 390), resubmitted in 1980 (Informal mimeographed document (GP/9) by Chile of 5 August 1980, reproduced in id., at 302). These two proposals are identical and read as follows: 'The State Parties to the present Convention accept and recognize on behalf of the international community as a whole that the provision relating to the common heritage of mankind set out in article 136 is a peremptory norm of general international law from which no derogation is permitted and which, consequently, can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character'.

Harry S. Truman, Proclamation 2667 - Policy of the United States With Respect to the Natural Resources of the Subsoil and Sea Bed of the Continental Shelf, 28 September 1945.

Reports of International Arbitration Awards, Award Between the United States and the United Kingdom relating to the rights of jurisdiction of United States in the Bering's sea and the preservation of fur seals, 15 August 1893, Vol XXVIII.

The Report of the Committee on the Peaceful Uses of the Sea-Bed and the Ocean Floor beyond the Limits of National Jurisdiction, GAOR, 24th Session, Suppl. 22 (Doc.A/7622) Part III, p.52 para.33.

UN Doc A/C.1 /PV 1515 and A/C.1/PV 1516, 1967.

UN General Assembly, General Assembly Resolution 2467, 1968.

UN General Assembly, General Assembly Resolution 2574 , 15 December 1969, A/RES/24/2574 (1969).

UN General Assembly, General Assembly Resolution 2749, 1970.

UN General Assembly, General Assembly Resolution 2750, 1970.

UN General Assembly, Resolution 2467 A (XXIII), 1968.

Mayıs/May 2018 Yıl: 1/Volume: 1 Sayı: 1/Issue:1

Yearbook of the International Law Commission, Vol 1, 1956.

İnternet Siteleri:

The International Seabed Authority at <https://www.isa.org.jm/>

The Group of 77 at the United Nations,
<http://www.g77.org/doc/index.html#aim>

Uluslararası Hukuka Eleştirel Yaklaşımlar Çerçevesinde Amerikan Realizmi

Ar. Gör. Erdi Şafak*

İnceleme Planı: Giriş,I. Uluslararası Hukuka Yapılan Eleştiriler, A. Uluslararası Hukuk Gerçekten Bir Hukuk Mu? B. Uluslararası Hukuka Uyulmasının Sağlanması II. Uluslararası Hukuka Eleştirel Yaklaşımlar A. Realizm ve Amerikan Realizmi B. Çok Taraflılık Çerçevesinde Amerikan Realizmi ve Uluslararası Hukuk C. Uluslararası Hukuk Açısından Uluslararası Barış ve Güvenliğin Korunması Konusunda Yapılan Eleştiriler D. Kuvvet Kullanma Yasağı Çerçevesinde Yapılan Eleştiriler Sonuç Kaynakça.

Özet : Uluslararası hukuk en genel tanımıyla, uluslararası toplumun hukukudur. Uluslararası toplumda devletlerin egemen eşitliği çerçevesinde şekillenen uluslararası hukuk, ortaya çıktığı ilk günden bu yana uygulanabilirliği konusunda tartışılmaktadır. Zira iç hukuk sistemlerinin aksine yazılı bir anayasasının ve hukuk mekanizmasının bulunmaması, uluslararası hukukun işlevselliğini tartışma konusu haline getirmiştir. Özellikle, güçlü devletlerin uluslararası hukuk kurallarını hiçe sayan politikaları ve uluslararası hukukun bu durumu engelleyememesi, eleştirileri haklı çıkarmıştır. Bizde bu makalede, uluslararası hukuka yapılan eleştiriler çerçevesinde, Amerika Birleşik Devletleri'nin uluslararası hukuk kurallarını ne şekilde değerlendirdiğini inceleyeceğiz.

* *Yakın Doğu Üniversitesi Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi*

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Hukuk, Kuvvet Kullanma, Amerikan Realizmi, İnsani Müdahale

Abstract : International law in general is the law of the international community. International law has been shaped within the framework of the sovereign equality of states in an international society and the issue of its applicability has been open to discussion since the first day of its implementation. In contrast to domestic legal systems, the lack of a written constitution and legal mechanism has made the functioning of international law open to debate. In particular, the politics of powerful states that ignore the international rules of law and the inability of international law to prevent this situation justify the current criticism. The aim of this article is to examine how the United States assesses international legal rules in light of the criticism of international law.

Key Words: International Law, Using force, American Realism, Humanitarian Intervention

Giriş

Uluslararası hukuk, diğer tüm hukuk sistemleri gibi, başarılı olduğu alanlar ya da başarısız olduğu alanlar konusunda tartışılabilir. Bu bakımdan durum iç hukuk sistemlerinden farklı değildir. Çok sayıda işlenen, işlenmekte olan veya işlenecek olan trafik suçları, örgütlü suçlar, adam öldürme, yaralama, hırsızlık, rüşvet, yolsuzluk gibi eylemler dikkate

alındığında, uluslararası hukuk için söylenenlerin iç hukuk sistemleri içinde geçerli eleştiriler olduğu açıktır.¹

Uluslararası hukuku, iç hukuk yollarından ayıran en önemli etkenin yaptırım metotları olduğunu söyleyebiliriz. Uluslararası hukuk, iç hukuktaki gibi katı bir anayasal yapı ve kolluk kuvvetlerine sahip olmasa da, yaptırım çeşitlerinin uygulanması konusunda bazı ilkeler mevcuttur. Ancak son zamanlarda Amerika Birleşik Devletleri'nin uygulamaları ile birlikte "Uluslararası Hukuk" daha da tartışılır hale gelmiştir. Özellikle Amerikan realizmi çerçevesinde, uluslararası hukuka yapılan eleştiriler giderek artmaktadır. Uluslararası sistemde, artık uluslararası hukukun değil, güçlünün hukukunun uygulandığı ve uluslararası hukukun genel ilkelerinin hiçe sayıldığı yönünde de eleştiriler mevcut bulunmaktadır. Uluslararası hukuka Amerikan realizmi çerçevesinde yapılan bir diğer önemli eleştiri ise, Birleşmiş Milletler'in işlevini yitirdiği yönündedir. Zira Birleşmiş Milletler, Amerika Birleşik Devletleri'nin çoğu uygulamaları konusunda gerekli tedbirleri alamayarak, uluslararası hukukun sorgulanmasına neden olmuştur.

Bu çalışmada, Amerikan Realizmi çerçevesinde, uluslararası hukuka yapılan eleştirilerin nedenleri incelenecektir. Çalışma genel olarak iki çerçevede olacak. Birinci kısım, uluslararası hukuka yapılan eleştiriler çerçevesinde, uluslararası hukukun sorgulanması yönünde olacaktır. İkinci kısım ise, Amerikan realizmi çerçevesinde, Amerika'nın uluslararası hukuku işlevsizleştirdiği yönünde yapılan eleştiriler incelenecektir.

¹Sadi Çaycı, "Birleşmiş Milletler ve Uluslararası Hukuk", *Stratejik Öngörü* 2023, Ekim, 2006, s.4.

I. ULUSLARARASI HUKUKA YAPILAN ELEŞTİRİLER

A. Uluslararası Hukuk Gerçekten Bir Hukuk Mu?

Hukuk, kolektif bir dayatma gücü olup, bu gücün asli amacının dışında kullanılması onu tahrip etmektedir. Hukuk ve güç bir insanı adaleti sınırları içine alırken ona, sadece çekinme, yani başkalarına zarar verebilecek eylemlerden kaçınma sorumluluğunu da yükler. Bunu yaparken ne onun kişiliğine, ne özgürlüğüne, ne de mülkiyet hakkına tecavüz eder; aksine onları müdafaa ederler. Yani hukuk ve güç, savunmacı (defensive) nitelikli olup herkesin adil olarak haklarını korurlar.²

Hukukçular teorilere dayanarak düşünmezler. Hukukçunun analiz metodu aynı zamanda kitaba bağlıdır (literary); bu metot metafor, analogi ve teşbihle akıl yürütmedir (muhakemedir). Hukukçunun ampirik metodu kanunların ve eski vakaların incelenmesi, sağduyu, iç gözlem (introspection), anekdotlar ve tecrübelerdir. Gerçekten, hukuki düşünce üzerinde büyük etki bırakmış olan ortak – hukuk metodu yoğun biçimde pragmatik ve tümevarımsaldır (inductive).³

Hakim uluslararası ilişkiler düşüncesi, uluslararası güç ve siyaset ile uluslararası hukuk ve ahlak arasında bir karşıtlık ilişkisini veri kabul etmektedir. Buna göre, ulusal çıkarlar ve güç siyaseti uluslararası ilişkilerin başlıca belirleyici unsuruyken, hukuk ve ahlak normları, bu ilişkilere *ad*

²Federic Bastiat, Hukuk, Çeviren: Yıldırım Arsan ve Atilla Yayla, Ankara , 2014, s.35.

³Cento Veljanovski, Hukuk ve Ekonomi, Çeviren: Atilla Yayla, Ankara , 2016, s.41.

*hoc*⁴ve *ex post facto*⁵meşruluk kazandırmak amacıyla kullanılmaktadır. Hukuk ya da siyaset karşıtlığı, uluslararası normatif mülahazalar ile olgusal alan arasındaki karşıtlığın bir ifadesidir. Uluslararası hukuk öğretisi ise, kendi içinde, aynı karşıtlığı hukuk ve ahlak arasında varsaymaktadır. Buna göre, uluslararası hukuk devletlerin egemen iradelerine dayalı olarak geçerlik kazandırdıkları olgusal alana tekabül ederken, uluslararası ahlak, temenni mülahazalardan ibarettir.⁶

Uluslararası Hukuk (ya da Kamusal Hukuk) “uluslararası topluluk” denilen ortamda doğan ve o ortamda işlev gören bir hukuk dalıdır. Başka bir deyişle, uluslararası hukukun varlık nedeni, uluslararası topluluğun üyeleri arasındaki ilişkileri düzenlemek ve bunlar arasındaki çekişmeleri ve uyuşmazlıkları çözüme bağlamaktır. Dolayısıyla da, Uluslararası Topluluğun birimleri, uluslararası hukukun kişileridir.⁷ Bilindiği gibi 1648 Westphalia Antlaşmalarıyla sembolik olarak da olsa “resmen” kurulduğu varsayılan modern uluslararası hukuk dönemi, yeni bir dengeyi “uluslararası” iktidar dengesini ifade etmekteydi. En son 30 yıl savaşlarında görüldüğü üzere, bundan önce ve aslında sistem tam anlamıyla oturana kadar bir süre daha söz konusu olansa, ciddi bir iktidar mücadelesiydi. Bu mücadele çok boyutlu, zira bir yanda “iç”te Papa’ya karşı yürütülen mücadele vardır ki bu giderek “dış” mücadele olmaktadır. Diğer yandaysa, artık ulus – devlete dönüşecek birimler arası mücadeleler yürütülmekteydi. En “iç” halkada toplumsal (din-sınıf vb)

⁴ad hoc; "amaca özel, niyete mahsus" anlamına gelen [Latince](#) ibaredir.

⁵ex post facto: “önceyi kapsayan, geçmişini kapsayan, makabline şamil”.

⁶ Necati Polat, Ahlak, Siyaset, Şiddet: Bir Kuram Olarak Uluslararası Hukuk, Birinci Basım, İstanbul, 1999, s.19.

⁷ Rona Aybay / Elif Oral, Kamusal Uluslararası Hukuk, Birinci Basım, İstanbul, 2016, s.5.

çatışmalar, en “dış” halkadaysa sömürge elde etme mücadelesi söz konusuydu.⁸

Uluslararası hukuku belirtmede terim sorunu ilk önce Avrupa’da ortaya çıkmıştır. Zira Avrupalı devletlerce geliştirilen bu hukuk düzeninin nasıl adlandırılması gerektiği de, doğal olarak, Avrupa’da sorun olmuştur. Avrupalı yazarların bu amaçla Romalıların kullandığı jus civile (yurttaşlar hukuku) – jus gentium (kavimler hukuku) ayrimından esinlenerek, bu hukuk düzenine önceleri jus intergentes ya da Fransızca olarak droitdesgens adını verdikleri gözlenmektedir. Sonraları kimi yazarların bu adı yüzyılımızda da sürdürmelerine rağmen (örneğin G. Scelle), 19. yüzyılda İngiliz yazar J. Bentham’ın municipal law (İç hukuk) – international law (uluslararası hukuk) ayrimından bu yana Avrupalı yazarların çoğunluğu İngilizce terim olarak “internatiol an law” ve Fransızca olarak “droit international” terimini yeğler olmuşlardır. Almanca olarak ise, uluslararası hukuku belirtmek için herhangi bir anlam farkına gidilmeden, “völkerrecht” terimi kullanılmaktadır.⁹

Bir hukuk kuralı, ancak belirli bir ülkede yürürlükte ise; yalnız bu ülke üzerinde uygulanabilmekte ise; bu kuralın, ülke bakımından uygulama alanı sınırlıdır. Buna karşılık, hukuk kuralı, kişiler arasındaki ilişkileri yalnız belirli bir ülke üzerinde değil de, nerede meydana gelirse gelsin düzenleniyorsa, bu kuralın uygulama alanı sınırsızdır, evrenseldir. Bu bakımdan, genel olarak iç

⁸ Erdem Denk, “Uluslararası Hukukun Dayanağına İlişkin Görüşlerin Dönemsellikleri Sorunu: Doğal Hukuk Görüşü Örneği”, *Bilge Strateji Dergisi*, Cilt:3, Sayı:5, 2011, s.110.

⁹Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, Onüçüncü Basım, Ankara, 2016, s.4.

hukukun (Devlet hukuk düzeninin) uygulama alanı sınırlı ve genel olarak, Milletlerarası Hukukun uygulama alanı sınırsızdır, evrenseldir.¹⁰

Devletler hukukunun tanımının yapılabilmesi için sükelerinin de belirlenmesi gerekmektedir. Yani yapılacak tanımlar sükelerin kabul edilmesine göre değişecektir. Bazı yazalar, milletlerarası toplumun ve milletlerarası hukukun sükisinin yalnız bağımsız devletler olduğunu savunmuştur. Bu geleneksel görüştür. Buna göre bir tanım yapacak olursak devletler hukuku, bağımsız devletler hukuku, bağımsız devletler arasındaki ilişkileri düzenleyen kurallar bütünüdür.¹¹

L. Duguit, G. Scelle gibi bazı yazarlar ise milletlerarası toplumun yalnız gerçek kişilerden oluştuğunu savunmuşlardır. Bunlar tüzel kişilerin de sükje olamayacağını savunmuşlardır. 1929’lerde bu görüş yaygın olarak savunulmuştur. Bu görüşe göre, milletlerarası hukuk çeşitli siyasal toplumlara bağılı bireylerin tek ya da topluca Giriştikleri ilişkilerini milletlerarası düzeyde düzenleyen kurallar bütünüdür.¹²

B. Uluslararası Hukuka Uyulmasının Sağlanması

Uzun süredir geleneksel uluslararası hukuk anlayışının özünü oluşturan hukuk ile siyaset ayrımını reddeden birtakım görüşlerin ortaya çıkmasına rağmen uluslararası hukukun bir hukuk düzenini oluşturduğu

¹⁰ F. Edip Çelik, Milletlerarası Hukuk, İkinci Basım, İstanbul, 1971, s.3.

¹¹ Enver Bozkurt / M. Akif Kütükçü / Arif Poyraz, Devletler Hukuku, Üçüncü Basım, Ankara, 2000, s.5-6.

¹²Bozkurt / Kütükçü / Akif, s.6

açıktır. Zira uluslararası hukuk bir hukuk düzeninin sahip olduğu tüm özelliklere sahiptir. Bir hukuk düzeni iki temel özellik gösterir i) uyulması zorunlu bir kurallar bütünü ii) örgütlenmiş bir toplumsal yapı aracılığıyla bu kurallara uyulmasını yaptırım yoluyla sağlamak. Bu çerçevede, uluslararası hukuk da, iç hukuklar gibi, uyulması zorunlu bir kurallar bütünü oluşturmaktadır. Bu koşullardan birincisi, hukuk kurallarını oluşturmak için gerekli yetkilerle donatılmış bir toplumsal otoritenin varlığıdır. İkinci koşul ise, bir düzenin hukuk düzeni oluşturabilmesi için bunlara uyulmasının zorunluluğuna inanılmasıdır.¹³

Birinci kurala ilişkin olarak görülmektedir ki, uluslararası hukuk kurallarını yaratan bir toplumsal otorite başta devletlerin ve sınırlı ölçüde de uluslararası örgütlerin bütününcü oluşturulmaktadır. Uluslararası hukukta, iç hukukta olanın aksine, kuralları yaratan bir tek yasa koyucu bulunmaması ve bu görevin başta devletler olmak üzere uluslararası hukuk kişilerince yerine getirilmesi yalnızca bir örgütlenme biçimi sorunudur. Uluslararası hukukun kurallar koyan bir otoriteden yoksunluğu anlamına gelmemektedir.¹⁴

İkinci koşula ilişkin olarak da görülmektedir ki, uluslararası hukukun uyulması zorunlu kuralları kapsadığı bütün devletlerce ve öteki uluslararası kişilerce kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, uluslararası hukuk kurallarının bağlayıcılığı devletlerin kendilerine bu niteliği tanımasından ileri gelmektedir. Bu durumda, uluslararası hukukun, iç hukukun aksine, kurallarına uyulması zorunlu kılan devlet gibi bir yüce otoriteye sahip olmaması başka bir biçimde

¹³ Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk, Onbeşinci Basım, Ankara, 2016, s.6.

¹⁴ Pazarcı, s.6. / Aybay / Oral, s.7.

bu sonuca varamayacağı anlamına da gelmemektedir. Uluslararası hukuk için bu, devletlerin bu kuralların bağlayıcı olduğunu kabul etmeleri olgusudur.¹⁵

Uluslararası hukukun kurallarının uygulanması sağlayabilmesi konusuna gelince, bazı zayıflıklara rağmen, uluslararası hukuk bu açıdan da birtakım olanaklardan tamamen yoksun değildir. Uluslararası hukuka bu konudan yöneltile eleştirilerden bir tanesi, bu düzende kurallara uyulmaması durumunda bunu saptayacak ve durumun düzeltilmesine ya da bu haksız eylemi ya da işlemi yapan hukuk kişinin cezalandırılmasına karar verecek zorunlu bir yargı sisteminin bulunmamasıdır. Bu konuda uluslararası hukuka yöneltile ikinci eleştiri ise, uyulmayan kurallara gerektiğinde zorla uyulmasını sağlayacak bir uluslararası yürütme organının yokluğu olmaktadır.

Uluslararası hukukun bugün için zorunlu bir yargı sisteminden yoksun olması bir gerçektir. Uluslararası Adalet Divanı gibi uluslararası yargı organları ya da uluslararası hakemlik organları devletlerin ya da öteki uluslararası kişilerin genel bir zorunluluk gereği önlerine gelmelerini gerektirmemektedir. Başka bir deyişle, bu tür yargı ya da hakemlik organları önüne gitmek isteğe bağlıdır. Bununla beraber, uluslararası alanda birçok örneğini gördüğümüz gibi, devletler kendiliklerinden aralarındaki uyuşmazlıkları bu tür organlara sunmayı giderek artan bir biçimde kabul etmektedirler. Öte yandan, her ne kadar uluslararası hukuk genelde zorunlu bir yargılama mekanizması kuramamış ise de, uluslararası sorumluluk kurumu aracılığıyla bu hukuk düzeni kurallarına aykırı her işlem ya da eylemin bu

¹⁵Pazarcı, s.6;7 / Aybay/Oral, s.20.

durumlarını ilgili uluslararası hukuk kişilerinin ileri sürmesine yardımcı olacak bir mekanizmayı da geliştirmekten uzak kalmamıştır.¹⁶

Uluslararası hukukun kurallara uymayanlara yaptırım uygulanacak bir uluslararası yürütme organından yoksun olduğu konusuna gelince, bu da bir gerçektir. Ancak bu, uluslararası hukukun her türlü yaptırım uygulamasından yoksun bir düzeni oluşturduğu anlamına da gelmemektedir. Zira uluslararası hukuk, bir uygulatıcı güce sahip olmamasından doğan boşluğu, uluslararası hukukun öngördüğü yaptırımları her devletin kendisince uygulanmasını öngörmek suretiyle, gidermeye çalışmaktadır. Bundan başka, uluslararası toplumun örgütlenme düzeyi, yükseldikçe, devletlerin kimi durumlarda topluca yaptırım uygulamaları olanağı da ortaya çıkmaktadır. Nitekim Milletler Cemiyeti'nin ve daha sonra Birleşmiş Milletlerin kurulması ile gereğinde çeşitli zorlama önlemlerini ve hatta kuvvet kullanmayı da içeren birtakım ortak yaptırım uygulamaları öngörölmüş ve bunlara fiilen başvurulmaktadır.¹⁷

Uluslararası hukuk alanında hukuka aykırı eylemlerin görülmesi, bu hukuk dalının yokluğunu değil, “varlığını” kanıtlayacak biçimde yorumlanabilir. Çünkü “ihlal edildiğini” söylemek bu hukukun varlığını kabul etmek demektir. Unutmamak gerekir ki, çağımızda her devlet, başkalarınca uluslararası hukukun en ağır ihlali sayılan davranışlarını savunmak için bile, yine uluslararası hukuk kavramlarına ve kurallarına dayanmak gereğini duymaktadır.¹⁸

¹⁶ Pazarcı, s.7 / Aybay/Oral, s.20.

¹⁷Pazarcı, s.7. / Aybay/Oral, s.20.

¹⁸ Rona Aybay, Kamusal Uluslararası Hukuk, Birinci Basım, İstanbul, 2011, s.17.

Devletlerin hukuklarınca binlerce yıldır yasaklanmış olmasına karşın, insan öldürme, soygun, hırsızlık gibi suçların hala işleniyor olması ve bazen de bu suçların faillerinin cezalandırılmaması nasıl bu yasakları koyan kuralların “yokluğu” anlamına gelmiyorsa, çeşitli biçimlerde ihlal edildiğine bakarak, uluslararası hukuk hiç yoktur denilemez.¹⁹

II. ULUSLARARASI HUKUKA ELEŞTİREL YAKLAŞIMLAR

Eleştirel teori, Max Horkheimer, Jurgen Habermas, Theodor Adorno ve Herbert Marcuse’nin en önemli temsilcileri olarak belirlediği bir 20. Yüzyıl düşünce ekolüdür. Frankfurt Okulu olarak da bilinen ve Marksist tarih analiz metodlarına sadakat ifade ederken, Marksizm’in temel öneminin tarih teorisinde veya ekonomik değerin ve üretim sürecinin izahında değil, fakat bilincin eleştirel analizi sağladığı yanlış bilinç, yabancılaşma gibi kavramsal aletlerde yattığını söyleyen ve yukarıda adı verilen filozoflarla birlikte anılan teorik görüşe de eleştirel teori denilmektedir. “Sistem Teorisi”nin veya sibernetiğin ve yorumsamacılığın da içinde bulunduğu daha birçok unsur eleştirel teoriye girmektedir. Eleştirel teorinin temel görüşü şu şekilde ifade edilebilir: Bilinç yorumlanmak için orada durmaktadır ve onun yorumunda, bu bilincin içinde olduğu üretim ilişkileriyle olan ilişkisi yanında sosyal düzenlemelerin moral mahiyeti de ortaya çıkarılır. Bu teşhisçi bilinç analiziyle birlikte krizi ve katastroforu, bütün biçimlerinde ve açığa çıkartıldıkları bütün

¹⁹Aybay, s.17.

farkına varış seviyelerinde açıklama teşebbüsü de eleştirel teoride yer almaktadır.²⁰

Eleştirel uluslararası hukukun önde gelen isimlerinden Martti Koskenniemi, uluslararası hukuku meslek olarak seçen bir grup insanın açmazını şöyle dile getirmektedir: Daha adil bir dünya toplumu inancı sizi uluslararası hukuk çalışmaya yöneltmiştir. Ne var ki bir müddet sonra, adil bir dünya tasarımı için gerekli nesnellik ve uyumun uluslararası hukuk söyleminin belirleyici özellikleri arasında bulunmadığının; söylemin, neresinden bakılırsa bakılsın, kavram ve ilkeleri ile bir iç barış sergilemekten uzak olduğunun farkına varmışsınızdır. Dünya toplumu adına dar kafalı siyasiler ile diplomatların hakkında gelebilecek tarafsız bir yargıç olamayacağınız gerçeğini de iyice kavradıktan sonra, ya seçkinciliğe dönüşme tehlikesiyle sürekli karşı karşıya belli belirsiz bir enternasyonalizm inancı ile kendinizi teselli edeceksiniz, ya da başlangıçta bu mesleği niye seçtiğinizi büsbütün unutarak bir devlet memuru, bir bürokrat olacaksınız.²¹

Post yapısalcı kavram ve çözümleme yöntemlerini 1980'li yıllardan başlayarak hukuk eleştirisine uygulanan Eleştirel Hukuk Çalışmaları akımının bir şubesi görünümünde ortaya çıkan eleştirel uluslararası hukukun doğuşu, Koskenniemi'nin sözünü ettiği rahatsızlıkla doğrudan ilgilidir. Eleştirel uluslararası hukukun yaratılmasında önemli katkıları olan David Kennedy'ye göre bu yeni akış disiplini Soğuk Savaş dönemi siyasal realizmin mahkum

²⁰ Atilla Yayla, Siyasi Düşünce Sözlüğü, Birinci Basım, Ankara , 2011, s.58.

²¹ Martti Koskenniemi, From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument (Helsinki: Finnish Lawyers, Publishing Company, 1989, s.494, Akdoğan: Necati Polat, Ahlak, Siyaset, Şiddet: Bir Kuram Olarak Uluslararası Hukuk, İstanbul, 1999, s.83.

ettiği durgunluktan kurtarma Girişimidir. Hukuk/siyaset karşıtlığının lağvedilmesi ve yerleşik uluslararası hukuk öğretisinin bir belirsizlik ve çelişkiler söylemi olarak yeniden tanımlanması uluslararası ilişkiler kuramındaki Realist motiflerle belli bir uyum gösterse de, eleştirel hukukçular, hukukun adaletinin giderici tema ve stratejilerinin tespit edilmesine de aynı ölçüde önem vermişlerdir. Disiplini bürokratik bir kapıkulu olmaktan kurtarıp uluslararası alanda adalet arayışı ve tesisinin bir parçası yapma çabaları, eleştirel uluslararası hukukun ayır edici özelliği olmuştur.²²

Eleştirel hukuk önemli sorunlarından birisi adaletin temin edilmesi üzerine olmuştur. Bu konuda Hayek şunları söylemektedir; “Bilinçli eylemler sadece gerçek kişilere atfedilmez. Devlet gibi organizasyonların da bilinçli eylemleri olabildiğine göre, adalet bu eylemlerin nitelendirilmesinde de kullanılmalıdır. Devletlerin planlı faaliyetleri de adalet açısından değerlendirilebilir. Toplumsal düzenin devlet faaliyetlerinden etkilenebileceğini kabul eden Hayek, toplumsal düzenin kendiliğinden karakterinin korunduğu sürece, bu düzenin bilinçsiz sonuçlarının adalet sorunu oluşturmayacağını ileri sürer.”²³

A. Realizm ve Amerikan Realizmi

Siyasal realizm, reel politik veya “güç siyaseti”, en eski ve en fazla benimsenen uluslararası ilişkiler teorisidir. Realistler, insan bencilliğinin

²² Polat, s.84.

²³ Sururi Aktaş, Hayek’in Hukuk ve Adalet Teorisi, Birinci Basım, Ankara, 2001, s.207.

(egoizm) ve güç ve güvenlik siyasetinde otoriteyi gerektiren uluslararası hükümetin yokluğunun (anarşi) siyaset üzerinde yarattığı kısıtlamalara vurgu yapar.²⁴

Realistler, insan arzularının geniş bir alana yayıldığını ve olağanüstü değişken olduğunu kabul ederler. Bununla birlikte insan doğasının kötü ve bencil yönlerinin diplomasinin yürütülmesinde yarattığı sınırlamalara vurgu yapar²⁵. Yine realistler, devletlerin eylemlerini, ahlaki ilkeler ve hukuki bağlılıklarca değil, çıkar ve güce dair hesaplarca belirleneceğini ifade ederler.²⁶

Realizmin uluslararası ilişkiler teorisine en büyük katkısı, kavramsal ve metodolojik tartışmalara ivme kazandırmış olmasıdır. Nitekim bu kuramın ardından geliştirilen birçok kuram kendisini ilk olarak realizmden ayırarak ve onu eleştirerek kurmuştur denilebilir. Ancak, realizmin eksiklikleri de yine bu noktada başlamaktadır. Örneğin, realizme yapılan en önemli eleştirilerden biri uluslararası kuramsallaşmanın önemini göz ardı edip sadece ulus devletleri önemli aktörler olarak görmesidir. Oysa Soğuk Savaş'ın sona ermesiyle artık iki kutupluluktan bahsedilmediği gibi, terör en başta olmak üzere AIDS, uyuşturucu ticareti, insan hakları ihlalleri gibi ulus devletlerin karşısındaki sorunlar artmıştır. Böylece, çağın getirdiği yeni sorunlarla bahsedebilmek için uluslararası kuramlar daha bir önem kazanmaktadır.²⁷

²⁴ Jack Donnelly, “*Realizm*”, Uluslararası İlişkiler Teorileri, Çeviren; Ali Aslan / Muhammed Ali Ağcan, Birinci Basım, İstanbul, 2009, s.49.

²⁵ Donnelly, s.50.

²⁶ Donnelly, s.73.

²⁷ Deniz Akşin, “ABD – BM İlişkileri; Çok Taraflılık ile Tek Taraflılığın Bir Sentezi”, *Avrasya Dosyası BM Özel*, Cilt:8, Sayı:1, 2002, s.206 – 207.

Popüler atışmalarda ve dış politika tartışmalarında “realist” nitelemesi, çoğunlukla, uluslararası ahlaki amaçların takip edilmesine karşı çıkan iddialara gönderimde bulunur. İlke olarak sadece daha geniş norm ve kurumlar meselesinin spesifik bir örneği olarak görülse de dış siyasette ahlakın yeri, klasik realist geleneğin belli başlı ilgi konularından birisi olmuştur.²⁸

Realizme yöneltlen eleştiriler, yerinde eleştiriler olarak değerlendirilebilir. Ancak bu kuram, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) – Birleşmiş Milletler (BM) ilişkilerinin analizinde her ne kadar yetersizse de, bazı bakımlardan yararlı bir teorik çerçeve sunabilmektedir. İlk olarak, ABD’nin genel BM Örgütüne karşı bahşedilen iç siyasal sürecin karmaşıklığından kaynaklanan ancak dışarı isteksizlik olarak yansıyan bir genel tavrı vardır. 11 Eylül olayları her ne kadar Bush yönetimini çok taraflılığa itmiş olsa da, aynı yönetim halen Kyoto Protokolü gibi uluslararası düzenlemelere taraf olma konusunda isteksizdir. İkinci olarak, kendilerini gerçekçi olarak tanımlayan Cumhuriyetçiler hatta kimi zaman Demokratlar ABD’nin uluslararası arenada ancak kendi çıkarı olduğunda rol almasını yoksa kendi gücünü, liderlik pozisyonunu ve egemenliğini BM gibi bir örgüt çerçevesinde yıpratmaması gerektiğini söylemekte ve her fırsatta bu fikirlerin dış politikaya yansıtılması için çaba harcamaktadırlar.²⁹

²⁸ Donnelly, s.73.

²⁹ Akşin, s.207.

Hukuki realizm akımı Amerikan hukuk düşüncesinde görülmemiş bir etki yaratmıştır. Bu akım çerçevesinde, genel hukuk kuramına ve onun yöntemlerine karşı şüpheci sorular sorulmuş, hukuk sisteminde reformlar yapabilmek için projeler ileri sürülmüş ve geliştirmiş, kısacası hiçbir şey Amerikan hukuk bilimini böyle etkilememiştir. Hukuki realistler hukukun otonom, kesin prensiplerden oluştuğu iddiasını çürütmüşler, hukuku hukuk bilimsel bir haritada sosyal bilimlerin parçası olarak gören bir anlayış geliştirmişler, hukuki kavramlara dayalı formalist mantığı eleştirmişler ve hukuk eğitiminde reform amaçlamışlardır.³⁰

B. Çok Taraflılık Çerçevesinde Amerikan Realizmi ve Uluslararası Hukuk

Çok taraflılık, en basit anlamı ile üç veya daha fazla taraf arasındaki ilişkiyi anlatmak için kullanılmaktadır. Fakat siyasal bir tanımla yetinmek doğru değildir. Aktörler arasındaki ilişkinin mahiyeti de bir o kadar önemlidir. En saf haliyle çok taraflı dünya düzeni bütün taraflara uygulanabilecek davranış kurallarıdır. Bu kuralların yanı sıra, ülkeler arasında çıkarların bölünmez bir şekilde herkesçe kabul görmesi gerekmektedir. Bölünmezlik ise iki farklı etkiyi beraberinde getirir. Öncelikle çıkarların ortak eylem halinde izlenme güdüsü ve ikinci olarak ilişkilerden eğilimlere kadar toplam uluslararası faaliyetler içerisinde kazanç ve kayıpların hesap etme güdüsünü

³⁰ Emine İrem Akı, “Amerikan Hukuki Realizmi Çerçevesinde Hukuki Belirsizlik”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Hukuk Felsefesi Ve Sosyolojisi) Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008, s.44.

ortaya çıkarır.³¹ Çok taraflılığın karşısı ikili bağitlar olduğu gibi, tek taraflılık ve yalnızcılık da olabilir.³²

Amerikan örneğinde çok taraflılık iki anlam karışıklığına sebep olmaktadır. Çünkü çok taraflılık sadece ölkeler arası işbirliği zemini değil aynı zamanda da uluslararası örgütleri de kastetmektedir. ABD dış politikası çok taraflılığın bu iki değişik kolu için her zaman aynı tavrı takınmamıştır. Nitekim ABD, Uluslararası Para Fonu (IMF), Dünya Ticaret Bankası (WTO), Kuzey Atlantik Antlaşması Örgütü (NATO), BM gibi örgütlerin kurulmasına ön ayak olmuş olduğu halde bu örgütlerin bağımsız birer güç olduğu fikrini reddetmiştir. ABD'nin BM Örgütü içerisinde en çok söz sahibi olduğu ve veto gücü ile olayları kontrol edebildiği Güvenlik Konseyi organına birincil önemi vermesi bir rastlantı değildir. ABD birçok kere BM'nin kendisi için önemli olduğunu vurgularken aslında örgüt içi liderliğini kastetmektedir. Öte yandan, gerek ABD kamuoyu gerekse Amerikan siyasetçileri arasında tek taraflılık ve daha nadiren olmakla birlikte yalnızcılığı savunanlar mevcuttur. Hatta ABD'deki çok taraflılığın hiçbir zaman saf haliyle alınmaması gerektiğini çünkü tek taraflılığa kayabileceğini söylemek mümkündür.³³

Sonuç olarak ABD, özellikle ikinci dünya savaşı sonrasında, komünizm tehlikesini dünyadan silip atmak ve yerine kendi ideal değerlerini

³¹ John Gerard Ruggie, "Winning the Peace: America and World Order in the New Era", New York, Columbia University Press, 1996, s.20: Aktaran: Deniz Akşin , "ABD – BM İlişkileri; Çok Taraflılık ile Tek Taraflılığın Bir Sentezi", *Avrasya Dosyası BM Özel*, Cilt:8, Sayı:1, 2002, s.208.

³² Akşin, s.208.

³³ Anıl Çeçen, "Küreselleşme Karşısında Birleşmiş Milletler", *Avrasya Dosyası BM Özel*, Cilt:8, Sayı:1, 2002, s.198 /Akşin, s.208.

yaymak amacıyla çok taraflılık politikalarını benimsediğini söyleyebiliriz. Ancak bu idealist bir davranıştır ve büyük uluslar bu tip çabalara Girişmekten kaçınmalıdır.³⁴

C. Uluslararası Hukuk Açısından Uluslararası Barış ve Güvenliğin Korunması Konusunda Yapılan Eleştiriler

Uluslararası hukukun temel işlevi uluslararası barış ve güvenliğin sağlanmasının temin edilmesidir. İki dünya savaşı sonrası düzen ve istikrarın sağlanması arayışlarının en devasa ürünü olan BM Örgütü, kuşkusuz en büyük önceliği uluslararası barışın sağlanması konusunda vermektedir. BM Antlaşmasının amaç ve ilkeleri kapsayan I. Bölümünün, 1.maddesinin ilk fıkrası “uluslararası barış ve güvenliği korumak ve bu amaçla barışa yönelik tehditleri engellemek barışın bozulmasına neden olan eylemlere karşı ortak güvenlik önlemleri almak ve uyuşmazlıkların barışçı yollarla hukuki çerçevede çözülmesini sağlamak” şeklinde düzenlenmiştir.

Bu çerçevede örgütün en etkin organlarına barış ve güvenliğin sağlanması konusunda yetki ve sorumluluklar verilmektedir. BM’nin tüm üyelerinden oluşan mad.9) Genel Kurul’un görev ve yetkilerini içeren Antlaşma’nın VI. Bölümü’nün 11³⁵.ve 12³⁶.maddeleri uluslararası barış ve

³⁴ Akşin, s.214.

³⁵Madde 11. 1. Genel Kurul, silahsızlanmaya ve silahlanmanın düzenlenmesine hâkim olan ilkeleri de içermek üzere, uluslararası barış ve güvenliğin korunması için yapılacak işbirliğinin genel ilkelerini inceleyebilir ve bu ilkeler konusunda örgüt üyelerine hem de Güvenlik Konseyi’ne veya hem örgüt üyelerine hem de Güvenlik Konseyi’ne tavsiyelerde bulunabilir.

³⁶Madde 12. 1. Güvenlik Konseyi herhangi bir uyuşmazlık ya da duruma ilişkin olarak işbu Antlaşma’nın kendisine yüklediği görevleri yerine getirdiği sürece, Genel Kurul,

güvenliğin sağlanmasında nasıl bir rol alacağını tanımlamaktadır. Ayrıca 22.maddede belirtildiği üzere Genel Kurul “görevlerini yerine getirmede gerekli gördüğü takdirde, yardımcı organlar oluşturabilmektedir”. Bu madde Genel Kurul’un inisiyatifinde Girişilen barış müdahalelerinin hukuksal dayanağını oluşturmaktadır.³⁷

Genel Kurul’un barışın korunmasına ilişkin yetkileri 1950 tarihli “Barış İçin Birleşme Kararı” (UnitingforPeaceResolution) çerçevesinde çok daha netleşmiş ve veto nedeniyle işleyemez hale gelen Güvenlik Konseyi’nin yerine Genel Sekreter’in inisiyatifi ile Genel Kurul mekanizmaları geçirilmeye çalışılmıştır. Esasen BM Antlaşmasının 27.maddesindeki veto gücü³⁸, daimi üyeleri kolektif önlemlerin potansiyel objesi olmaktan uzaklaştırma amacını taşımaktadır ki, bu durum, “büyük güçler” birliği anlayışına dayanır.³⁹

Birleşmiş Milletler, bir örgüt olarak kuruluşundan itibaren dünya gündeminde yer alan hemen bütün sorunlarla ilgilenme gayreti göstermiştir. Buna karşılık, örgütün hem kendi bünyesi ile ilgili olarak, hem de çalışma alanına ilişkin olarak ciddi sorunlarla karşı karşıya kalmaktadır. Bu durum uluslararası aktörleri barış ve güvenliğin korunması konusunda farklı

Güvenlik Konseyi bunu kendisinden istemedikçe, bu uyuşmazlık ya da durum konusunda herhangi bir tavsiyede bulunamaz.

³⁷ Deniz Ülke Arıboğan, “Uluslararası Barış ve Güvenliğin Sağlanmasında Bir Araç Olarak Birleşmiş Milletler ve Temel Sorunlar”, *Avrasya Dosyası BM Özel*, Cilt:8, Sayı:1, s.198 /Akşin, s.135.

³⁸1946 – 1986 yılları arasında Çin 22, Fransa 12, Sovyetler Birliği 121, Birleşik Krallık 26 ve ABD 57 kez veto hakkını kullanmıştır.

³⁹ Arıboğan, s.135.

arayışlara itmiştir. Bu farklı arayışlar çerçevesinde en önemli aktör, Amerika'nın da onayı ile hiç şüphesiz NATO'dur.

ABD'nin Birleşmiş Milletlerin uzun prosedürleri yerine daha etkin olduğu NATO çerçevesinde davranma konusunda daha istekli oluşu, BM'nin geleceği açısından da sıkıntılı bir durum yaratmaktadır. Amerikan dış politikasını yönünü tayin edebilmek amacıyla yapılan kamuoyu yoklamalarına göre ABD'deki politikacıların yalnızca onda biri BM'nin barışı koruma müdahalelerine pozitif bakmaktadır. Amerikan halkının çoğunluğu ise BM'nin müdahalelerine karşı çıkmamakla birlikte, operasyonlara verilen destek, operasyonun çok taraflı katılımı olup olmaması, başarı olasılığı, sivillerin kurtarılması gibi konulara bağlı değişkenlere göre fikir değiştirebilmektedir. ABD'deki politikacıların % 75'i kamuoyunun çoğunluğunun ABD güçlerinin Amerikalı olmayan birinin kumandasına verilmesini doğru bulmayacağını düşünmesine karşın, halkın büyük bir çoğunluğu bunda bir mahsur görmemektedir. Diğer katılımcılarla maliyet paylaşımı ve ahlaki, insani konular, özellikle de soykırım konusu gündemde olduğunda kamuoyu desteğinin yüksek olduğu gözlemlenmektedir. BM müdahalelerinin başarısı konusunda ise ciddi bir tereddüt olduğu gözlemlenmektedir.⁴⁰ Sonuç olarak Amerikan dış politikası için klasik realist anlayışını yansıttığını belirtebiliriz. Buna göre; “devletlerin eylemleri, ahlaki ilkeler ve hukuki bağlılıklarla değil, çıkar ve güce dair hesaplarca belirlenir”.⁴¹

⁴⁰ Arıboğan, s.140.

⁴¹ Donnelly, s.73.

Amerikan realistlere göre devletler, güce karşı değil, tehdide karşı dengeleme yaparlar. Örnek olarak küresel güç ve yetenek dağılımında eşit ağırlığı olan Britanya, Fransa ve Çin'in (veya İsrail, Hindistan ve Kuzey Kore) nükleer silahlarına karşı Amerika'nın takındığı çok farklı tavırlar verilebilir. Ancak, realistlere göre uluslararası hukuk tehditler konusunda şu ana kadar çok az şey söylemiştir. Bu nedenle devletler, tutarlı, kesin ve belirleyici varsayımlarda bulunurlar. Hayatta kalma ve hükmetme, savunmacı ve yayılcı yönelimlerin en uç ifadeleri olarak görülebilir. Devletleri, bunlardan birinin veya diğerinin yönettiği bir birim olarak resmetme, genellikle savunmacı ve saldırgan realizm olarak adlandırılan sınıflandırmaya götürür.⁴²

D. Kuvvet Kullanma Yasağı Çerçevesinde Yapılan Eleştiriler

Devletler tarafından kuvvet kullanılmasının yasaklanması BM Antlaşması, birbirini tamamlayan üç güvenlik sistemi getirmektedir: BM Antlaşması, VI. ve VII. Bölümlerinde belirlenmiş olan ortak güvenlik sistemi, Bölüm VII'de yer alan bölgesel düzenlemeler 51.maddede ifadesini bulan bireysel ya da birlikte meşru savunma hakkını içermektedir.⁴³

Kuvvet kullanılmasına ilişkin temel düzenlemeyi, BM Antlaşması 2.madde 4.fıkra oluşturmaktadır. Antlaşma'nın 1.madde 1.fikrasında sayılan ilk amaç, uluslararası barış ve güvenliğin korunmasıdır. 2.maddenin 4.fikrasına göre, tüm üyeler, uluslararası ilişkilerinde, gerek herhangi bir

⁴² Donnelly, s.65.

⁴³ Funda Keskin, "BM ve Kuvvet Kullanma", *Avrasya Dosyası BM Özel*, Cilt:8, Sayı:1, 2002, s.150.

devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığına karşı gerekse BM'nin amaçları ile bağdaşmayacak herhangi bir biçimde, kuvvet kullanma tehdidine ya da kuvvet kullanmaya başvurmaktan kaçınırlar.⁴⁴ Bu hüküm, *jus ad bellum*⁴⁵ konusunda o zamana kadar yaşanan gelişmelerin genel çizgisine uygundur. 15.yüzyıla kadar, haklı bir nedene sahip olan her devletin kuvvete başvurabileceği düşünülüyordu. 17.yüzyılda, devletin gerek gördüğü anda kuvvete başvurabileceği görüşü genel kabul görmüştü. 19.yüzyıldan itibaren bu hak üzerinde bazı kısıtlamalar öngörüldü ve 20.yüzyılda da devletler tarafından tek taraflı kuvvete başvurulması yasaklanmıştır.⁴⁶

BM Antlaşması 2/4 açık bir şekilde kuvvet kullanmayı yasaklamış olsa da, meşru savunma çerçevesinde, bu yasağın istisnası mevcuttur. BM Antlaşması'nın meşru savunmaya ilişkin hükmü olan 51.maddeye göre, “bu Antlaşma'nın hiçbir hükmü, BM üyelerinden birinin silahlı saldırıya hedef olması halinde, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunması için gerekli önlemleri alıncaya dek, bu üyenin doğal olan bireysel ve meşru savunma hakkına halel getirme” şeklindedir.

Kuvvet kullanılmasının yasaklanması, meşru savunmayı doğal bir istisna olarak içerir. Meşru savunma hakkı, kısıtlanabilir ama yok edilemez. Özel bir maddeyle kabulü de gerekmez. Nitekim haksız bir saldırı karşısında

⁴⁴Jus ad bellum- savaş açma hakkı: Savaşa gitme nedeni sadece bir şeyleri ele geçirmek veya birilerini cezalandırmak olamaz. Müdahaleler hayatı korumak için yapılmalı. Masum hayatlara zarar vermekten kaçınılmalıdır. Güç yalnızca yanlış doğru yapmak için kullanılmalıdır. Savaş, bir zümre ya da bir kesimin niyetleri uğruna değil, belirlenmiş hedefler doğrultusunda gündeme gelmelidir.

⁴⁵ Keskin, s.151.

⁴⁶Keskin, s.151.

devletlerin kendilerini savunma hakları hiçbir zaman tartışılmamıştır. BM Antlaşması da meşru savunmanın bu niteliğini, bunun doğal bir hak olduğunu belirterek kabul etmektedir.⁴⁷

Uluslararası hukukun disiplin olarak taşıdığı zayıflığın ötesinde, meşru müdafaa kavramının en önemli zaafı, kolaylıkla yasal sınırlarının aşılarak kötüye kullanılmaya müsait olmasıdır. Uygulamada devletler genellikle kendileri söz konusu olduğunda 51.maddeyi geniş yorumlamakta, başka devletler söz konusu olduğunda sınırlayıcı yorumlama eğilimi göstermektedirler. Ancak meşru müdafaaya Girişen devletin, bu hükmün kapsamının dışına çıkması hakkın kötüye kullanımını teşkil eder ki, bu teamül hukuku ne de BM Antlaşması'na dayanarak haklılık iddia edilebilecek bir durum değildir.⁴⁸

BM Sekreterine yönelik yazılı bildirilerinde, ABD ve İngiltere 8 Ekim 2001'de Afganistan'da başlattıkları askeri harekâtın hukuksal dayanağı olarak meşru müdafaa hakkına ilişkin BM Antlaşması hükmü gösterilmiştir. Bu nokta da sorulması gereken önemli soru harekât gerçekten, meşru müdafaa çerçevesinde değerlendirilebilir mi?

Meşru müdafaa yoluna gidilmesinde birinci koşul bir silahlı saldırının gerçekleşmiş olmasıdır. Buna göre, saldırı olasılığının varlığı yeterli değildir. Örneğin, İsrail'in, 1981'de tehdit oluşturduğu gerekçesiyle Irak'taki nükleer tesisi vurması 51.madde kapsamında kabul edilmemiştir. Yine, İsrail'in

⁴⁷ Keskin, s.158.

⁴⁸ Ayşe Özkan, “Uluslararası Hukukta Birleşmiş Milletler ve Afganistan Operasyonu”, *Avrasya Dosyası BM Özel*, Cilt:8, Sayı:1, 2002, s.242.

Tunus'taki Filistin Kurtuluş Örgütü karargâhını, kendisine yönelik terör ürettiği gerekçesiyle vurması BM Güvenlik Konseyi'nce kınanmıştır. Çünkü burada mevcut bir saldırı değil, sadece bir saldırı olasılığı söz konusudur. Afganistan operasyonun da ise bilindiği üzere, 11 Eylül 2001'de İkiz Kulelere ve Pentagon'a yöneltilen bir saldırı söz konusu olduğundan bu yönüyle birinci koşulun gerçekleşmiş olduğu Güvenlik Konseyi kararlarıyla sabit olmuştur.⁴⁹

İkinci koşul olarak saldırının silahlı olmasında ise silahlı olma niteliğini belirten araçlar hukukunda tanımlanmamıştır. Bununla birlikte uçakların silah olarak kullanılması daha önce, II. Dünya Savaşı sırasında Japon savaş uçaklarının ABD gemilerine yaptıkları intihar saldırıları (kamikaze) örneğinde görülmüştür. Bu nedenle ABD'ye yapılan uçaklı saldırıların ikinci koşul çerçevesinde kabul edildiği de söylenebilir. Bu değerlendirmelerden sonra Afganistan operasyonuna yapılan eleştiriler farklı şekillerde olmaktadır. En başta Güvenlik Konseyi'nin 1363⁵⁰ ve 1378⁵¹ sayılı kararlarında da bahsedildiği üzere açık bir yetkilendirme söz konusu değildir. Güvenlik Konseyi'nin bu kararlardaki ifadelerinde yetkilendirme ya da öneri yer almamıştır. Bununla birlikte Güvenlik Konseyi'nin sahip olduğu yetkileri aksi yönde kullanmamış olmasına nedeniyle, karar metninin lafzına bağlı kalan birçok yorumcunun kabul etmesine rağmen, üstü örtülü bir

⁴⁹ Özkan, s.247.

⁵⁰Resolution 1363 (2001) Adoptedbythe Security Council at its 4352nd meeting, on 30 July 2001, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/473/97/PDF/N0147397.pdf?OpenElement>, E.T.28.11.2016.

⁵¹Resolution 1378 (2001) Adoptedbythe Security Council at its 4415th meeting, on 14 November 2001, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/638/57/PDF/N0163857.pdf?OpenElement>, E.T.28.11.016.

yetkilendirmenin varlığından söz edilebilir. Yani kararlarda açık bir yetki devrine yer verilmemiş olsa da, sonuç olarak bu iki karar Afganistan Operasyonuna meşruiyet kazandırmıştır. Ayrıca Güvenlik Konseyi'nin çekimser tutumu yüzünden, 1363 sayılı kararında da belirttiği şekilde kendi üzerine düşen sorumlulukları yerine getirmeyerek tüm alanı ABD'ye bırakmıştır.⁵²

Meşru müdafaa hakkına ilişkin önemli bir diğer husus, devletin bu kapsamda aldığı tedbirleri BM Güvenlik Konseyi'ne bildirme prosedürüdür. Bu bildirim yükümlülüğü BM Antlaşması'nda açık ve kesin olarak düzenlenmiş olduğu halde, uygulamada her zaman gözetilmemiştir. Bildirim koşulunu Afganistan krizinde, ABD'nin de yerine getirmemiş olması dolayısıyla yöneltile eleştiriler vardır. Bu eleştiriler ABD'nin daha önceki birçok örnekte olduğu gibi uluslararası hukuka aykırı davrandığı görüşüne dayanmaktadır. Sonuç olarak 11 Eylül ertesinde BM Güvenlik Konseyi'nce alınan ilk karar olan 1368 sayılı karar da, Genel Kurul kararına paralel şekilde, 11 Eylül saldırılarını kınamakta ve bu saldırıların barış ve güvenliğe tehdit teşkil ettiğini bildirmektedir. Yine karar metninin lafzında yer almamakla birlikte meşru müdafaa hakkının varlığının tanınması kararın en önemli sonucudur. Bu karar BM. 51.maddedeki bireysel ve kolektif meşru müdafaanın varlığını tanımakla birlikte, hiçbir şekilde ABD adına operasyon düzenlenmesiyle ilgili bir yetkilendirme söz konusu değildir.⁵³ ABD, Afganistan harekâtını, uluslararası hukuka aykırı bir şekilde gerçekleştirmiştir diyebiliriz.

⁵² Özkan, s.249.

⁵³ Özkan, s.249.

Yine son olarak, Afganistan Harekâtına ilişkin olarak Güvenlik Konseyi kararlarının maksatlı olarak güç kullanmaya ilişkin belirsiz bir alan bıraktığı sonucuna varılabilir. Bunun amacı, BM'nin uluslararası hukuksal sınırlamalardan kaçınma eğiliminde olan ABD'yi her türlü eyleminde desteklemek yükümüyle karşı karşıya bırakacak bir karar almaktan kaçınmak istemesi olabilir. Kaldı ki BM Antlaşması 51.maddesine dayalı olarak başlatılan operasyonu yasadışı olarak nitelendirecek herhangi bir Güvenlik Konseyi kararı, daimi üye olan ABD ve İngiltere'nin de olumlu oyuna ihtiyaç gösterdiğinden böyle bir olasılıktan bahsedilemez. Buna karşın eğer Konsey ABD'yle kısmi de olsa işbirliği yapmak istemeseydi BÖ Güvenlik Konseyi'nin olağan görev koşulları çerçevesinde askeri Kurmay Komitesi kurarak inisiyatifi ele alması gerekirdi. Ancak ABD ve İngiltere'nin başlattığı askeri operasyonu ikame edecek tedbirler alınmamış olduğundan Afganistan operasyonuna açık olarak destek verdiği ortaya çıkmaktadır.⁵⁴

ABD'nin bu uygulama ve mahiyetlerini kısaca şöyle değerlendirebiliriz. Anarşi ortamında dahi zorlayıcı uygulama, kendine – yetme ilkesinden dolayı bazen mümkündür. Dahası zorlamadan dahi uyuma ikna edecek mekanizmalar vardır. Hem ulusal, hem de uluslararası kamuoyu etkili bir güç olabileceği gibi, dostlar müttefikler ve ilgili taraflar da ikna edici roller oynayabilirler. Daha genel olarak ahlaki yükümlülükler niteliğindeki bazı ödevleri içeren uluslararası hukuk, iç hukuktan daha fazla sıklıkla ihlal edilemez. Her halükarda ihlallerin, genellikle, devletlere maliyeti vardır.

⁵⁴ Özkan, s.251.

Bunlar, her zaman itaati zorlayacak derecede yüksek maliyetler olmasa da önemli sonuçlar doğurabilecek nitteliktedirler.⁵⁵

Amerikan Realizmine göre, ahlaki ve yasal bir normu ihlal etmeyi aklına koyan bir devlet, genellikle bunu yapar, eğer yapamazsa bunun sebebi genellikle diğer devletin gücüdür; uluslararası hukuk kuralları değil. Bununla birlikte devletler, hem kendi kendilerine hem de uymamanın maliyetlerini dikkate aldıklarından bazen ahlaki normlara uyarlar. Aslında devletler, düzenli olarak, uluslararası anarşiye rağmen bazı durumlarda ahlaki davranmanın maliyetini karşılayabilecekleri sonucuna varırlar.⁵⁶

Sonuç

Günümüz uygulanan uluslararası hukukunun, dünyada tam anlamıyla huzur, barış ve istikrarı sağlamada yetersiz kaldığı eleştiriler her geçen gün artmaktadır. Bu eleştirilen en büyük nedeni ise, ABD'nin uluslararası hukuk kurallarına aykırı davranışlarıdır. Uluslararası hukuka yöneltilen eleştiriler her geçen gün artıyor olsa da, uluslararası hukuku bütünüyle yok saymak da mümkün değildir.

ABD, gerek uluslararası hukuk kurallarının, gerek BM'nin, gerekse BM'ye üye devletlerle ilişkilerinin değerini bilmemek suretiyle kendi dış çıkarlarına büyük zarar verme riskini almaktadır. Küreselleşmenin hızlı ilerleyişi ve küresel güvenliğe yönelik yeni birtakım tehditlerin ortaya çıktığı

⁵⁵ Donnelly, s.74.

⁵⁶Donnelly, s.74.

göz önünde bulundurulduğunda, uluslararası hukuk, uluslararası politika ile daha az değil bilakis daha fazla ilişki kurmak zorundadır. ABD, dünyanın süper gücü olma statüsüne sahip olmasına rağmen, dünyada var olan sorunlarla ve başkaldırılarla tek başına baş edebilecek ne kabiliyeti ne de politik iradesi vardır. Günümüzün ortak sorunları, ortak çözümler gerektirmektedir ve dolayısıyla, bir uluslararası hukuk ilkeleri var olmasaydı, uluslararası hukuk kuralları ve ilkeleri oluşturulması gerekecekti. Zira, uluslararası sistem herhangi bir süper gücün tek başına istediği şekilde hareket edebileceği, serbestliği taşımamaktadır.

Bu noktada sorulması gereken, uluslararası hukukun, ne kadar düzenli, hangi alanlarda ve ne tür amaçlar için dünya düzenini sağlamada ve dünya da adaleti sağlamada bize ne ölçüde yardımcı olduğudur. Sonuç olarak, hiç şüphesiz ki tartışmasız ve mükemmel olmaktan çok uzak olsa da, barışın korunması ve adaletin sağlanması konusunda, uluslararası hukuk her zaman mevcudiyetini sürdürmektedir.

Kaynakça:

Akı Emine İrem, “Amerikan Hukuki Realizmi Çerçevesinde Hukuki Belirsizlik”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Hukuk Felsefesi Ve Sosyolojisi) Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara , 2008.

Akşin Deniz, “ABD – BM İlişkileri; Çok Taraflılık ile Tek Taraflılığın Bir Sentezi”, *Avrasya Dosyası*, BM Özel, Cilt:8, Sayı:1, 2002.

Aktaş Sururi Hayek’in Hukuk ve Adalet Teorisi, Birinci Basım, Ankara, 2001.

Arıboğan Deniz Ülke, “Uluslararası Barış ve Güvenliğin Sağlanmasında Bir Araç Olarak Birleşmiş Milletler ve Temel Sorunlar”, *Avrasya Dosyası BM Özel*, Cilt:8, Sayı:1, 2002.

Aybay Rona / ORAL, Elif, Kamusal Uluslararası Hukuk, Birinci Basım, İstanbul, 2016.

Aybay Rona, Kamusal Uluslararası Hukuk, Birinci Basım, İstanbul, 2011.

Bastitat Federic, Hukuk, Çeviren: Yıldıray Arsan ve Atilla Yayla, Birinci Basım, Ankara, 2014.

Bozkurt Enver / Kütükçü M. Akif / Poyraz Arif, Devletler Hukuku, Üçüncü Basım, Ankara, 2000.

Çaycı Sadi, “Birleşmiş Milletler ve Uluslararası Hukuk”, Stratejik Öngörü 2023, Ekim, 2006.

Çelik F. Edip, Milletlerarası Hukuk, İkinci Basım, İstanbul, 1971.

Çeçen Anıl, “Küreselleşme Karşısında Birleşmiş Milletler”, Avrasya Dosyası BM Özel, Cilt:8, Sayı:1, 2002.

Denk Erdem, “Uluslararası Hukukun Dayanağına İlişkin Görüşlerin Dönemsellikleri Sorunu: Doğal Hukuk Görüşü Örneği”, BİLGE STRATEJİ DERGİSİ, Cilt:3, Sayı:5, 2011.

Donelly, Jack, “Realizm”, Uluslararası İlişkiler Teorileri, Çeviren; Ali Aslan / Muhammed Ali Ağcan, Birinci Basım, İstanbul, 2009.

Göktürk Gülay, “İnsani Müdahale, Ne Kadar İnsani ve Lale Tarlasında Su Aygırı”, 21.YYTED, Ekim, 2011.

Göztepe Ece, “Amerika'nın İkinci Irak Müdahalesinin Uluslararası Hukuk ve Türkiye'nin Bu Savaşa Katılımının Türk Anayasa Hukuku

Açısından Bir Değerlendirmesi ya da "Haklı Savaş"ın Haksızlığı Üzerine", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi Cilt:59, Sayı:3, 2004.

Keskin, Funda, “BM ve Kuvvet Kullanma”, *Avrasya Dosyası BM Özel*, Cilt:8, Sayı:1, 2002.

Koskenniemi Martti, From Apologyto Utopia: TheStructure of International Legal Argument(Helsinki: Finnish Lawyers, Publishing Company, 1989, ss.494, Aklatan: POLAT, Necati, Ahlak, Siyaset, Şiddet: Bir Kuram Olarak Uluslararası Hukuk, Kızılelma Yayıncılık, İstanbul,1999.

Özkan Ayşe, “Uluslararası Hukukta Birleşmiş Milletler ve Afganistan Operasyonu”, *Avrasya Dosyası BM Özel*, Cilt:8, Sayı:1, 2002.

Pazarcı Hüseyin, Uluslararası Hukuk, Onbeşinci Basım, Ankara, 2016.

Pazarcı Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri, Onüçüncü Basım, Ankara, 2016.

Polat Necati, Ahlak, Siyaset, Şiddet: Bir Kuram Olarak Uluslararası Hukuk, İstanbul, 1999.

Ruggie John Gerard, *Winning the Peace: America and World Order in the New Era*, New York, Columbia University Press, 1996, ss.20:
Aktaran: AKŞİN, Deniz, “ABD – BM İlişkileri; Çok Taraflılık ile Tek Taraflılığın Bir Sentezi”, *Avrasya Dosyası BM Özel*, Cilt:8, Sayı:1, 2002.

Veljanovski Cento, *Hukuk ve Ekonomi*, Çeviren: Atilla Yayla, Ankara, 2016.

Yayla Atilla, *Siyasi Düşünce Sözlüğü*, Ankara, 2011.

Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerle İspat Sorunu

Ar. Gör. Aysun Beydola*

İnceleme Planı: Giriş §1. Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkı ve İspat Hakkının Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Delillerin Kabul Edilebilirliğiyle İlişkisi I. İspat Hakkı Kavramı, II. İspat Hakkının Hukuki Temelleri III. İspat Hakkının Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Delillerin Kabul Edilebilirliğiyle İlişkisi A. Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Delil Kavramı B. Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilen Delilin İspat Hakkı ile İlişkisi §2. Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilen Delillerin Kabul Edilebilirliği Hususunda Temel Prensip ve Temel Prensibin İstisnaları I. Temel Prensip II. Temel Prensibin İstisnaları §3. Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilen Delillerin Kabul Edilebilirliği Sorunu I. Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilen Delilin Kabul Edilmesi Halinde Gündeme Gelen Sorunlar A. Hukuk Düzeni Birliğinin Bozulması B. Adil Yargılanma Hakkının İhlali C. Kişilik Haklarının İhlali D. Özel Hayatın Gizliliği Hakkının İhlali E. Haberleşmenin Gizliliği Hakkının İhlali F. Konut Dokunulmazlığının İhlali G. Dürüstlük Kuralının İhlali II. Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilen Delilin Kabul Edilmemesi Halinde Gündeme Gelen Sorunlar A. Gerçeğe Uygun Yargılanma Hakkının İhlali B. İspat Hakkının İhlali C. Adil Yargılanma Hakkının İhlali

** Yakın Doğu Üniversitesi Medeni Usul Hukuku ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi*

§4. Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilen Delillere İlişkin Karar **Sonuç Kaynakça.**

Özet: Çalışma hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin hukuk yargılamasında kullanılıp kullanılamayacağı meselesini açıklığa kavuşturmak, doktrin ve yargı kararlarında bu konuda yer alan görüşleri, mahkeme kararlarını göz önüne sermek ve değerlendirmek amacı ile kaleme alınmıştır. Hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin hukuk yargılamasında delil olarak kullanılması halinde ortaya çıkacak sorunlar ile kullanılmaması halinde ortaya çıkacak sorunlar tespit edilmiş, çatışan temel haklara ilişkin izahatlarda bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Medeni usul hukuku, hukuka aykırı delil, ispat hakkı, temel haklar, kişilik hakkı.

Abstract: This article has been prepared with the aim of clarifying the issue as to whether illegally obtained evidence can be used in Civil Proceedings, taking into consideration and evaluating the opinions in doctrine and judicial decisions. Within this framework, the relationship between the right to prove and the admissibility of illegally obtained evidence in Civil Procedure Law has been examined. The problems of using illegally obtained evidence in legal proceedings and the problems that would arise if they are not used have also been identified, with reference to conflicting fundamental rights.

Keywords: Civil Procedural Law, illegal evidence, right to prove, fundamental rights, right of personality.

Giriş

Günümüzde özellikle 1998 yılında İngiliz medeni usul hukuku kurallarında yapılan değişiklik sonrasında, Kuzey Kıbrıs ve İngiliz hukukunda hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin yargılamada kullanılıp kullanılmayacağı tartışmaları ortaya çıkmıştır. Teknolojinin gelişmesi hukuka aykırı yoldan delil elde edilmesini kolay hale getirmiş ve hatta hukuka aykırı delil elde edebilmek amacıyla teknolojik icatlar, bilgisayar programları geliştirilmiştir. İşte bu şekilde elde edilen delillerin mahkemeye ibrazı ve mahkemelerce hükme esas alınıp alınmayacağı meselesi de gündeme gelmiştir. Acaba gerçeğe ulaşabilmek ve insan hakkı olarak adlandırılan ispat hakkını temin edebilmek adına Anayasa ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklere müdahale edilebilecek midir? Bu meseleyi açıklığa kavuşturmak, doktrin ve yargı kararlarında bu konuda yer alan görüşleri, mahkeme kararlarını gözönüne sermek ve değerlendirmek amacı ile kaleme alınan bu çalışmada öncelikle medeni usul hukukunda ispat hakkı ve ispat hakkının hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin kabul edilebilirliğiyle ilişkisi açıklanacak ve bu kapsamda ispat kavramı, ispat hakkının hukuki temelleri, hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delil kavramı ve ispat hakkı ile ilişkisi izah edilmeye çalışılacaktır. Ardından hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delillerin kabul edilebilirliği hususundaki temel prensip ve istisnaları anlatılacaktır. Son olarak hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin yargılamada delil olarak kullanılması halinde ortaya çıkacak sorunlar ile kullanılmaması halinde ortaya çıkacak sorunlar tespit edilecek; bu kapsamda çatışan temel haklara ilişkin izahatlarda bulunulacak ve hukuka aykırı yoldan elde edilen delillere ilişkin hakimın nasıl karar vereceği çalışmada son başlık altında ele alınacaktır.

§1.Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkı ve İspat Hakkının Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Delillerin Kabul Edilebilirliğiyle İlişkisi

I. İspat Hakkı Kavramı

Yargılama sırasında iddia edilen vakıaların ispatlanması amacıyla, taraflarca delillerin mahkemeye sunulması, ispat hakkının kullanılması amacıyla yapılan bir faaliyet olup, mahkemeye sunulan delilin hukuka aykırı olması nedeniyle reddi durumunun ispat hakkı açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu amaçla, öncelikle ispat hakkı kavramının ne anlama geldiğinin izah edilmesi zorunluluk taşır. İspat kavramı tanıt ve kanıt göstererek bir şeyin gerçek yönünü ortaya çıkarma, kanıtlama, tanıtılma anlamına gelmektedir¹. Bu kavram ispat hukukunun hukuk devleti ilkesi çerçevesinde ortaya çıkması çabası sonucunda ortaya atılmış ve kabullenilmiş olup, corpus iurus civilis de “bir şeyi ispatlama hakkının kısıtlanması yasağı” olarak bilinmektedir².

Doktrinde ispat hakkı kavramı farklı şekillerde ifade edilmiştir. Berkin,³ ispat hakkını bazı araçlardan yararlanmak suretiyle bir iddianın doğruluğu veya dava konusu hakkın mevcut olduğu hakkında hakimde kanaat uyandırma faaliyeti olarak açıklamıştır. Çalkın, maddi hukuktan doğan hakların yargılama prosedüründe talep edebilmesi için sahip olunan bir hak

¹http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&xarama=kelime&guid=TDK.GT.S.582ffdd4523319.25457724, (ET. 10.11.2016).

²Kılıçoğlu,Evren, *Medeni Yargılamada Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Delillerin Kullanılması* (Yayımlanmamış doktora tezi), İstanbul, 2011, s. 4

³Berkin, Necmettin M., *Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi*, Ankara, 1982, s. 727.

olarak ispat hakkından bahsetmiş, bu amaçla davada delil getirilmesinin taraflar için hem bir yük hem de hak olduğunu vurgulamıştır⁴. Yıldırım⁵ ise ispat hakkı kavramını olayın ispatlanmasını ve tespitini isteme hakkı olarak ifade ederken, Özekes⁶ ispat hakkını hukuki dinlenilme hakkının bir unsuru olan açıklama hakkının gereği olarak ifade etmiştir. Umar/Yılmaz ve Görgün/Kodakoğlu⁷, ispatta bulunmanın bir hak olduğunu, belirli hukuksal sonucun kendi lehine olarak doğumun ileri süren kimsenin, o hukuksal sonucu doğurabilecek olayların gerçekleştiğini ispat etmesine imkan tanınması gerektiğini belirterek aslında ispat hakkı kavramını açıklamıştır. Belgesay⁸ davanın taraflarından her ikisinin iddiasının doğruluğunu, karşı tarafın iddiasının doğru olmadığını ispat etmek hakkına sahip olduğunu ifade ederek ispat hakkı kavramını açıklamıştır.

Kuzey Kıbrıs hukukunda ispat hakkı başlığını taşıyan bir düzenleme bulunmaktadır (Anayasa m. 34). Bu düzenleme kamu görevlileri aleyhine işlenen hakaret suçuna ilişkin olup genel olarak ispat hakkına ilişkin bir hüküm özelliği göstermemektedir⁹. Bunun dışında Kuzey Kıbrıs hukukunda

⁴Çalkın, Fahri, “*Hukuk Davalarında İspat Hakkının Kullanılmasının Şartları*”, ABD, S.62, 1949, s. 17-21; Çiftçi Türkel, Pınar, *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırları*, İzmir, 2016 (Yayımlanmamış Doktora Tezi), s. 10.

⁵Yıldırım, M. Kamil, *Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul, 1990, s.99.

⁶Özekes, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s. 124 vd

⁷Görgün, L. Şanal/Kodakoğlu, Mehmet, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara, 2012, s. 214; Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder, *İspat Yükü*, 2. Bası, İstanbul, 1980, s. 7.

⁸Belgesay, Mustafa Reşit, *Hukuk ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller*, İstanbul, 1940, s. 36.

⁹Anayasa m. 34: “*Kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı, bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılan isnatlardan dolayı açılan hakaret davalarında, sanık, isnadın doğruluğunu ispat hakkına sahiptir. Bunun dışındaki hallerde ispat isteminin kabulü, ancak isnat olunan eylemin doğru olup olmadığının*

Türk hukukunun aksine¹⁰ ispat hakkını düzenleyen bir norm bulunmamaktadır. Ancak yüksek mahkemeye konu olan bir davada ispat hakkı ‘şahadet verme hakkı’ olarak adlandırılmış ve müdafaa takririndikkate alınmaması suretiyle hakkın ihlali hususunda Yargıtay’a başvurulmuştur¹¹. Yine Yargıtay verdiği bir kararda karşı tarafa söz hakkı

anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikayetçinin ispata razı olmasına bağlıdır”.

¹⁰Türk hukukunda ispat hakkı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 189 da açıkça ifade edilmiş, bunun dışında HMK m. 27 de hukuki dinlenilme hakkının unsuru olarak yerini almıştır. HMK m. 193 ‘de delil sözleşmesi başlıklı hükümde ispat hakkına yer verilmiştir.

¹¹Kuzey Kıbrıs hukukunda Yargıtay’a konu olan bir davada dava sebebi olarak şahadet verme hakkının ihlali gündeme gelmiştir. Davaya konu olayda ilk derece mahkemesi davacının verdiği şahadet ile yetinmiş, davalıyı dinlememiş, davalıya tanık çağırma, şahadet verme hakkı tanımamıştır. Davacının bir diğer iddiası ise davalı avukatının tanığı istintak etmesinin ardından ortaya çıkan karşı iddaların dikkate alınmamasıdır. Mahkeme davacının mal bildiriminde bulunmaması nedeniyle tanık getirmesine izin vermediğini dile getirmiştir. Kanaatimizce mal bildiriminde bulunulmamasının yaptırımı ispat hakkının ortadan kaldırılması olamaz; zira bu hak Anayasa ile güvence altına alınmış bir hak olup, mahkeme tarafından sağlanması gereken en temel insan hakkıdır. Mal bildiriminde bulunmama nedeni ile hiç kimse savunma hakkından yoksun bırakılamaz. Hakimin mal bildiriminin dosyalanması yönünde direktif verme imkanı var iken ispat hakkını sınırlaması anlaşılır değildir. İlk derece mahkemesi davacı avukatının itiraz etmemesine rağmen davalı avukatının tanık göstermek amacıyla süre talebini de reddetmiştir. Kanaatimizce ispat hakkı ortadan kalkmıştır. İlgili karar: “*Mahkeme; Yani her ne kadar da kararımın başında da daha doğrusu tehir talebinize ilişkin talebi değerlendirirken mal paylaşımına ilişkin listelerin dosyalanmamış olmasının davanın duruşmasına geçilmesine engel olduğunu söylemiş olsam da yine de birkaç soru sormanıza izin vereceğim müdafaaınızda, çünkü dediğim gibi bu müdafaa dikkate alınabilir durumda değil yani duruşma olarak mütalaa edilmesi mümkün değil diye düşünürüm. Ama yine de birkaç soru sormanıza izin veriyorum*” (Mavi 25) şeklindedir. Yargıtay yaptığı incelemede E 35, n. 4 uyarınca istinaf sebepleri ve gerekçelerinin açıklıkla gösterilmemesi durumunda istinaf edilmeyen hususun incelenmeyeceği kuralı uyarınca istinaf sebeplerini reddetmiştir. Kanaatimizce istinaf kararı yerinde değildir, zira savunma hakkının tanık çağırılmasına izin verilmemesi sebebiyle ortadan kaldırıldığına ilişkin istinaf sebebi dilekçede yerini almıştır. Bunun mal beyanında bulunmama nedeni ile ortaya çıktığının belirtilmemesi bu iddianın istinaf sebebi olarak dilekçede yer almadığı anlamına gelmemektedir. Tam aksine savunma hakkının hangi nedenle

verilmesi suretiyle hükmün elde edildiğini, ifade ederek aslında ispat hakkı kavramını belirtmiştir¹².

İspat hakkı kavramı Anayasa m. 27’de açıkça kullanılsa da delileri göstermek, göstertmek ve tanıkların anayasaya uygun olarak sorguya çekilmesini istemenin hak olduğu ifade edilmek suretiyle açıklanmıştır.

II. İspat Hakkının Hukuki Temelleri

Kuzey Kıbrıs hukukunda ispat hakkı hak arama hürriyetinin bir parçası olup, hukuk devleti ilkesi olmanın bir sonucunu teşkil etmektedir¹³. Hak arama özgürlüğünün adalete erişimin sağlanması ve hukuki dinlenilme hakkının temini yönünde iki işlevi bulunmaktadır¹⁴. Hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olan ve insan onuruna dayanan hukuki dinlenilme hakkı, devletlerin hukuk düzenlemelerinin de üstünde mahkeme ve kanun koyucuyu bağlayan bir haktır¹⁵. İspat hakkı da hak arama hürriyetinin gereği kabul edilen hukuki dinlenilme hakkı içerisinde değerlendirilmektedir¹⁶.

kısıtlandığı dilekçede açıkça yer almıştır, Yargıtay/Aile/Hukuk 16/2013, D. 2/2015, Girne Aile Dava No: 110/2013, <http://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararara3.aspx>, (ET. 15.11.2016).

¹²Yargıtay/Hukuk No: 67/2016, D. 37/2016, Gazimağusa Dava No: 4232/2012, <http://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararara3.aspx>, (ET. 15.11.2016).

¹³Özekes, Muhammet, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Ankara, 2003, s. 40; Alangoya,Yavuz, *Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler*, İstanbul, 1979, s.3; Kılıçoğlu, s.9; Pekcanitez, Hakan, “*Hukuki Dinlenilme Hakkı*”, Seyfullah Edis’e Armağan, İzmir, 2000, s. 757;Yıldırım, *Delillerin Değerlendirilmesi*, s. 98, 99.

¹⁴Aktepe Artık, Sezin, *Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara, 2014, s. 362; Demircioğlu, Yaşar, *Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri*, Ankara, 2007, s. 105; Kılıçoğlu, s.9; Pekcanitez, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s. 757; Özekes, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s. 40.

¹⁵Özekes, s. 62, 63; Kılıçoğlu, s. 10; Pekcanitez, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s. 760.

¹⁶Kılıçoğlu, s.9; Özekes, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s. 124.

Kuzey Kıbrıs hukukunda hukuki dinlenilme hakkının pozitif dayanağı, Anayasa'nın 17. maddesidir. Buna göre herkes davasının dinlenmesi hakkına sahiptir¹⁷. İspat ve delilleri açıklama hakkı, hukuki dinlenilme hakkının önemli bir kısmını oluşturmaktadır¹⁸. Bu hakkın kullanılması hukuk kurallarına uygun surette, iddia ve savunma hakkının ileri sürülmesi ve delillerin gösterilmesi suretiyle mümkün olup, hukuka aykırı delilin yargılamada hakim tarafından kabul edilmemesi hukuki dinlenilme hakkının ihlali sonucunu doğurmayacaktır¹⁹. Ancak kanuna uygun olan delilin gösterilmesi talebinin reddi veya gösterilen deliller incelenmeden karar verilmesi hukuki dinlenilme hakkına aykırılık oluşturur²⁰. Özekes'e göre ispat ve delil hakkı hukuki dinlenilme hakkının kapsamına aldığı önemli haklardan olup, bu haklara getirilen sınırlamalar her zaman hukuki dinlenilme hakkının ihlal edildiği sonucunu doğurmaz; önemli olan sınırlamanın hukuki dinlenilme hakkını bertaraf eder nitelikte olup olmadığıdır²¹.

Hukuk devleti ilkesinin benimsendiği bir ülkede hakim hukuku gerçek vakıalara uygulamalı ve taraflara ileri sürdükleri vakıaların ispatını sağlayabilecekleri ispat hakkını tanımalıdır²². Temel, anayasal ve usuli bir

¹⁷Türk hukukunda ise HMK m. 27 de ilke şu şekilde ifade edilmiştir; “*Davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptir. Bu hak yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını ve mahkemenin açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içerir*”.

¹⁸Kılıçoğlu, s. 10.

¹⁹Özekes, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s. 778.

²⁰Kılıçoğlu, s. 12, Özekes, s. 128, Pekcanitez, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s.778.

²¹Kılıçoğlu, s. 12, Özekes, s. 126; Pekcanitez, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s. 777; Yıldırım, *Delillerin Değerlendirilmesi*, s. 98.

²²Kılıçoğlu, s. 16.

hak²³ olarak kabul edilen ispat hakkının bazı hallerde sınırlanması ise kaçınılmazdır. Çalışmamız hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerle ispat çerçevesinde gerçekleştirildiğinden biz sadece hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin mahkeme tarafında reddi durumunda, ispat hakkının kısıtlanıp kısıtlanmadığı hususu ile sınırlı açıklamalarda bulunacağız²⁴. Mahkemeye sunulan delil hukuka aykırı bir delil ise mahkemenin bu delili kabul etmesi durumunda birtakım hak ihlalleri gündeme gelmekte iken²⁵, kabul etmemesi halinde ispat hakkı tehlikeye girmiş olacaktır. İspat hakkı en geniş haklardan biri olmakla beraber bu hakkın temini için diğer temel haklardan tamamen vazgeçilmesi de mümkün olmamalıdır. Özel hayatın korunması hakkı, konut dokunulmazlığı hakkı, kişilik hakkı ve diğer temel haklar ispat hakkının sınırını oluşturmaktadır²⁶; zira delilin elde edilmesi için başvuru hukuka aykırı yöntemler Anayasa ve diğer kanunlarla güvence altına alınan temel hakların bazen birinin bazen de birkaçının aynı anda ihlal edilmesine yol açmaktadır.

²³İspat hakkı tarafların yargılamada yargı organına karşı hukuki durumlarını düzenlediğinden ve anayasal dayanağa da sahip olduğundan hem usuli hem anayasal bir hak olarak kabul edilmektedir (Kılıçoğlu, s. 9).

²⁴Türk hukukunda ispat hakkının sınırını teşkil eden diğer haller hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Çiftçi Türkel, s. 490 vd.

²⁵Tanrıver, hukuka aykırı yoldan elde edilen delilin mahkeme tarafından dikkate alınmamasının ispat hakkının ihlali şeklinde anlaşılmaması gerektiğini savunmaktadır. Aksine hukuka aykırı yoldan elde edilen delilin kabul edilmemesi ispat hakkının etkin ve meşru olarak kullanılmasına hizmet edecek ve onu güvence altına alacaktır (Tanrıver, Süha, *Medeni Usul Hukuku, Cilt I*, Ankara, 2016, s. 820).

²⁶Çiftçi Türkel, s. 667.

III. İspat Hakkının Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Delillerin Kabul Edilebilirliğiyle İlişkisi

A. Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Delil Kavramı

Yargılama sırasında bir delilin kullanılmasına izin verilmemesi, çekişmeli olan bir vakıanın aydınlatılması olanağının sınırlandırılması anlamına gelmektedir. Hukuka aykırı yoldan elde edilen bir delilin yargılamada kullanılamamasının nedeni ispat yasağının söz konusu olmasıdır²⁷.

İspat yasakları ispat konusu yasakları, delil (ispat aracı) yasakları ve ispat yöntemi yasakları olarak üçe ayrılmaktadır²⁸. İspat konusu yasakları belirli bir olay hakkında mahkemede hiçbir delilin kabul edilmemesini ifade etmektedir²⁹. İspat usulü yasakları ise mahkemenin yasak bir yöntem kullanarak hukuka aykırı delil elde etmesi olarak ifade edilmektedir. Delil yasakları mahkemeye belirli bir vakıa hakkında ya da genel olarak yargılama sırasında belirli bir delilin kullanılmasını yasaklayan kurallardır³⁰. Hukuka aykırı yoldan elde edilmiş deliller delil yasakları kategorisine girmektedir³¹.

²⁷Kılıçoğlu, s. 28.

²⁸Çiftçi Türkel, s. 490 vd.; Kılıçoğlu, s. 28; Pekcanitez/Atalay/Özekes, *Medeni Usul Hukuku*, 4. Bası, Ankara, 2016, s. 404; Yıldırım, s. 862;

²⁹Pekcanitez, Hakan, “*Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi*”, Makaleler, Cilt II, İstanbul, 2016, s. 790 vd.; Yıldırım, s. 862; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 404-405.

³⁰Çiftçi Türkel, s. 490 vd., Kılıçoğlu, s. 31; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 404-405; Yıldırım, s. 862,

³¹Çiftçi Türkel, s. 667; Kılıçoğlu, s. 32; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 404-405; Yıldırım, s. 862.

Hukuka aykırı yoldan elde edilen delil ile kastedilen delilin elde edilmesinde maddi hukuka aykırılığın söz konusu olmasıdır³². Hukuka aykırılık, kanuna aykırılıktan daha geniş bir alana sahip olup³³, hukuk düzeninin koyduğu emir ve yasaklara uygun olmayan davranış şekli olarak açıklanabilir. Maddi hukuka aykırılık halleri yargılamanın tarafları veya üçüncü kişilerin yargılama dışında maddi hukuka aykırı delil elde etmesi sonucu ortaya çıkmaktadır³⁴. Elde etme mevcut olanın ele geçirilmesi ve daha önce mevcut olmayan bir delilin oluşturulmasını ifade etmek üzere iki durumu ortaya koymaktadır. Bazı durumlarda yargılamaya getirilen delil daha önce mevcut olan ancak hukuka aykırı olarak ele geçirilen bir delil olarak hakimın karşısına çıkabilmektedir. Bu durum genellikle ceza hukuku kuralları ve haksız fiil hukuku kurallarının ihlal edilmesi sonucu karşımıza çıkmaktadır. Örneğin hırsızlık, dolandırıcılık, yağma, emniyeti suistimal, zimmete geçirme sonucunda delilin elde edilmesi ceza hukuku kurallarına aykırı olarak gerçekleştirilen fiil olarak karşımıza çıkmaktadır. Yine bir haksız fiil veya

³²Kılıçoğlu, s. 40. Usul hukukuna aykırılık halleri ispat yasakları içerisinde yer almakla beraber, hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delillerin kullanılması konusu dışında kalmaktadır (Kılıçoğlu, s. 42). Usul hukukuna aykırılık halleri bizzat mahkemenin usul işlemleri ile gerçekleştirilir. Örneğin delilin incelenmesinde mahkemenin aleniyet ve doğrudanlık ilkelerini ihlal etmesi, duruşmayı mahkeme salonunda değil odasında gerçekleştirmesi, tanıkların ayrı ayrı dinlenmesi kuralına rağmen birada dinlenmesi gibi durumlar usul hukukuna aykırılık halleridir.

³³Akyürek, Güçlü, “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 101, 2012, s. 63; Ateş, Mustafa, “Hukuk Yargılamasında ve Özellikle Boşanma Davalarında Hukuka Aykırı Deliller”, Terazi Hukuk Dergisi, S. 18; 2008/Şubat, s. 89; Centel, Nur/ Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Bası, İstanbul, 2008, s.653; Kılıçoğlu, s.41; Pekcanitez, *Hukuka Aykırı Delil*, s.843; Şen, Ersan, *Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller*, İstanbul, 1998, s. 15; Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Bası, Ankara, 2011, s. 635.

³⁴Kılıçoğlu, s. 42. Türk hukukunda hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin kullanılması başlığı altında, delillerin konuşmasındaki hatalı usul işlemlerine yer verilmemiştir (Tanrıver, s. 119; Yıldırım, s. 863).

borca aykırılık teşkil edebilecek bir hukuka aykırı fiil sonucunda delilin elde edilmesi haksız fiil hukuku kurallarına aykırılık oluşturacaktır. Daha somut örneklerle hukuka aykırı yoldan elde edilen delillere değinmek gerekirse fotoğrafların, görüntü kayıtlarının, mektupların, hukuki işlemi belgeleyen yazının, günlüğün, not defterinin, ticari defterlerin izin alınmaksızın eşe geçirilmesi hali, hukuka uygun olarak derlenmiş verilerin ele geçirilmesi, kişiler arasındaki konuşmaların gizli ses veya görüntü kaydı, fotoğraf çekilmesi, kişiden tıbbi test için kan ve doku örneği alınması, telefon görüşmesinin kaydı, bir konuşmanın üçüncü kişi tarafından gizlice çıplak kulakla dinlenmesi, kişisel verilerin hukuka aykırı biçimde depolanması, kişinin gittiği yerlerin takip edilerek bilgi edinilmesi, çeşitli alışkanlıklar ve sağlık durumu hakkında veriler yaratılması, kimlerle ne kadar süre konuşulduğu bilgisinin kullanılmak istenmesi, elektronik aletlerle veya bir dedektif tarafından hukuka aykırı olarak izlenerek veriler toplanması hukuka aykırı bir delilin varlığını ortaya koymaktadır³⁵.

Yargıtay’a konu olan ve yargılamada ileri sürülen delilin hukuka aykırı olup olmadığı hususunda tartışmalara yol açan mahkeme kararlarına değinmek konunun izahında önem taşımaktadır. Kuzey Kıbrıs hukukunda kişinin malvarlığının sorgulanması amacıyla yapılan istintak³⁶ aşamasında malvarlığı sorgulanan kişinin farklı yerlerde çalıştığına dair bu kişiden izin alınmaksızın avukat tarafından çekilen fotoğrafların emare olarak sunulması hakim tarafından kabul edilmektedir. Yine trafik kazası nedeniyle ve

³⁵Kılıçoğlu, s. 44.

³⁶İstintak kelimesi Osmanlıca bir kelime olup, konuşurma, söyletme, sorguya çekme anlamına gelmektedir, <http://www.osmanlicaturkce.com/?k=İstintak&t=%40>, (ET., 16.11.2016).

sonrasında destekle yürüyebildiğini iddia eden kişinin araba kullanırken gizlice çekilen video kaydı mahkeme tarafından kabul edilmiştir. İlgili bu kayıtların hukuka aykırı yoldan elde edilip edilmediğini değerlendirecek olursak; kişilik hakkının güvencesi altında olan resim üzerindeki hak kamuya açık alanda çekilmesi halinde bir kişilik hakkı ihlali oluşturmaz; zira kamuya açık alan kişinin herkesçe bilinmesinde sakınca görmediği alandır³⁷. Eğer bu resimler kişinin evine gizlice girmek suretiyle çekilmiş olsaydı, delilin elde edilişi hukuka aykırı fiil olan konut dokunulmazlığının ihlali suretiyle ve kişinin kamuya açık olmayan özel hayatında gerçekleştirildiğinden bu delil hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delil olarak adlandırılabilir. Hukuka aykırı delil doğrudan doğruya delil elde etme işlemi sonucunda elde edilen ispat aracı olup, tesadüfi olarak elde edilen deliller hukuka aykırı elde edilmiş sayılmazlar³⁸.

İngiliz hukukunda da izin alınmaksızın bir kişinin şahsının veya malının fotoğrafının çekilmesi haksız bir fiil olarak adlandırılmıştır³⁹. Dolayısıyla haksız fiil yoluyla bir delil elde edilmişse bu delil hukuka aykırı delil olarak adlandırılacaktır. *Lord Bernstein of Leigh v Skyviews and General Ltd* (1978)⁴⁰ davasında, davalılar, sivil hava araçlarıyla davacının taşınmaz malın üzerinden geçip davacının evinin hava fotoğrafını çekip, davacıya satmaya çalışmışlardır. Davacı ise, fotoğrafları satın almaya

³⁷Öztan, Bilge, *Şahsın Hukuku*, 7. Bası, Ankara, 1997, s. 134 vd.

³⁸Kılıçoğlu, s. 45.

³⁹İngiliz Hukukunda şahsa yapılan müdahale ‘privacy’ taşınmaz mala yapılan müdahale ise ‘trespass to land’ olarak ifade edilmektedir (Cooke, John, *Law of Tort*, 9. Baskı, Londra, 2009, s. 319-327, 446-470).

⁴⁰<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/1977/1.html> (ET., 18.05.2016); Finch, Emily/Fafinski, Stefan, *Tort Law*, 5.Baskı, 2015, s.157.

itiraz edip, davalıya taşınmaz mal üzerine haksız müdahale yapması nedeniyle tazminat davası açmıştır. Yargıç makul yükseklikten fotoğrafların çekilmesi nedeniyle taşınmaz mala karşı bir haksız fiilin gerçekleştirilmediğini ifade edip, tazminata hüküm vermemiştir. Bu şekilde elde edilen fotoğraf her ne kadar izinsiz olarak çekilmiş olsa da taşınmaza müdahale edilmemesi nedeniyle hukuka aykırı yoldan elde edilen bir delil olarak ifade edilemez. Mahkemede kullanılması mümkündür.

Bir kişinin taşınmaz mala belirli bir amaç için girmesi konusunda izin verilmişse ancak bu kişi taşınmaza girdikten sonra izin verilen amaçla ilgisiz fiiller gerçekleştirmişse taşınmaza Giriş hakkını kötüye kullanmış demektir. Bu durum taşınmaz mala müdahale haksız fiilini oluşturur ve bu fiil sonucunda hukuka aykırı yoldan delil elde edilmiş olur. Örneğin mutfağın badana edilmesi için bir kişi ile hizmet sözleşmesi yapılmışsa ancak bu kişi izin almaksızın yatak odalarına girmişse taşınmaza Giriş hakkını kötüye kullanmış demektir ve bu fiilinden dolayı haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olur⁴¹. Yargıtay kararından hareketle kişi badana yapmak için girdiği eve ses kayıt cihazı koyarsa ve bu sayede bir delil elde ederse taşınmaz mala Giriş hakkını kötüye kullandığından taşınmaz mala haksız müdahale fiili oluşur ve bu sayede elde edilen delil hukuka aykırı delil olarak kabul edilir.

Taşınmaz mala girmeksizin malın yanında bulunan anayol kullanmak suretiyle bir kişinin taşınmaz malının incelenmesi, fotoğraflarının alınması taşınmaz mala yapılan haksız bir fiil olarak değerlendirilmektedir ve bu

⁴¹Elliot, Catherine/Quinn, Frances, *Tort Law*, 9. Baskı, Londra, 2013, s. 325; Quinn, Frances, *Tort Law*, 2012, s.334.

surette elde edilen delil hukuka aykırı yoldan elde edilen delil olarak adlandırılmaktadır⁴².

Taşınmaz mala Giriş hakkının kötüye kullanılması da taşınmaz mala yapılan haksız bir müdahale olup, bu şekilde elde edilen deliller hukuka aykırı deliller olarak kabul edilecektir. Temizlikçi tarafından eve ses kayıt cihazı koyulması, tamirat için geldiğini söylemek suretiyle eve giren dedektifin video çekmek suretiyle elde ettiği delil taşınmaz mala haksız müdahale sonucu elde edilen delil olup, hukuka aykırı yoldan elde edilen delil olarak adlandırılabilir⁴³. *Barker v The Queen* (1983)⁴⁴ davasında, davacı evinin anahtarını yokluğunda evini koruyup gözetlemesi için davalıya vermiş, ancak davalı bunu kötüye kullanarak eve hırsızlık amacıyla girmiştir. Yüksek mahkeme bu fiili Giriş hakkının kötüye kullanılması nedeniyle davalının taşınmaz malına yapılan haksız müdahale olarak kabul nitelendirmiştir. İngiliz

⁴²*Hickman v Maisey* (1900) davasında anayoldan izlemek suretiyle atların eğitiminin nasıl gerçekleştiğini öğrenen kişinin taşınmaz mala haksız bir müdahale yaptığı sonucuna varılmıştır. Dava konusu olayda davacı yarış atlarının eğitiminden sorumlu kişidir. Arsasının yanından anayol geçmektedir. Davalı yarış haberleri yapan bir gazetenin sahibidir. Sırf atların eğitimini izleyebilmek için iki saat yürümüş ve izlerken atların nasıl eğitildiğine ilişkin notlar almıştır. Ana yolun normal amaç dışında kullanıldığı açıktır ve yapılan bu fiilden davalı sorumludur, <http://swarb.co.uk/hickman-v-maisey-CA-1900/> (Erişim Tarihi: 25.05.2016); Cooke, s.320; Elliott/Quinn, s. 325; Greene, Brendan, *Course Notes: Tort Law*, Londra, 2012, s.103; Owen, s.122; Quinn, s. 337

⁴³İngiltere Yüksek Mahkemesi'ne konu olan bir davada davacı mal sahibinin, davalıya malının üzerinde piknik yapmasına izin vermesi, ancak davalının bu fırsatı kullanıp sevdiği çiçekleri kendi bahçesine ekmek için fiilinin taşınmaz mala giriş hakkının kötüye kullanılması fiilini oluşturduğu ifade edilmiştir (Finch/Fafinski, s.156).

⁴⁴Stuhmcke, Anita, *Essential Tort Law*, 2.Baskı, Londra, 2001, s.94; Findlaw Australia: <http://www.findlaw.com.au/faqs/2998/who-is-a-tresspasser-in-relation-to-the-offence-of.aspx> (Erişim Tarihi: 23.05.2016); Victoria Legal Aid Lawyers and Legal Services: Criminal Law OffenceFactSheet 08.04.2013 tarihli: <http://www.legalaid.vic.gov.au/sites/www.legalaid.vic.gov.au/files/vla-offence-snapshot-burglary.doc> (Erişim Tarihi: 23.05.2016).

hukukunda taşınmaz mala yapılan haksız müdahale “actionable *per se*”⁴⁵ olduğu için, herhangi bir zarar ziyanı *gerektirmeden* başlatılabilen bir dava türüdür⁴⁶. Giriş hakkının kötüye kullanılması (zarar olmadan), taşınmaz mala yapılan haksız müdahale fiilini oluşturur. Dolayısıyla bu yolla elde edilen delil de hukuka aykırı bir delil olacaktır. Yukarıda bahsi geçen davada işveren tarafından tutulan dedektif taşınmaz mala Giriş hakkını kötüye kullanmış olup, gerçekleştirilen fiil haksız bir fiil olduğundan bu yolla elde ettiği delil de hukuka aykırı bir delildir.

Yukarıda bahsi geçen davada değerlendirilmesi gereken bir diğer husus izin almaksızın bir kişinin sesinin, görüntüsünün kaydedilmesinin kişiye yapılan haksız müdahale oluşturup oluşturmadığı ve bu sayede kişilik hakkının ihlal edilip edilmediği meselesidir. Hukukumuzda çevirisi alınan ve içtihadı etki ile hukukumuzda varlığını sürdüren İngiliz hukukunda ilgisinden izin alınmaksızın yapılan ses ve görüntü kaydının özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi suretiyle oluşan bir haksız fiil olduğu kabul edilmektedir⁴⁷.

Sonuç olarak bir kişinin taşınmaz malına her ne kadar rıza ile girilmiş olsa da, Giriş hakkının kötüye kullanılması suretiyle, gizlice ses veya görüntü kaydının alınması, hem taşınmaz mala haksız müdahale edilmesine, hem de özel hayatın gizliliğini ihlal edilmesine neden olacaktır. Bu şekilde elde edilen delil de hukuka aykırı yoldan elde edilmiş bir delil olarak ortaya çıkmaktadır.

⁴⁵Cooke, s.319; Elliott/Quinn, s. 324; Finch/Fafinski, s. 153; Quinn, s.333

⁴⁶Harpwood, Vivienne,*Principles of Tort Law*, 4. Baskı, Londra, 2000, s.227; Stuhmcke, s. 93

⁴⁷‘Privacy’ olarak adlandırılan bu haksız fiil hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Cooke, s. 446-470.

Türk hukukunda Yargıtay'a konu olan ve hukuka aykırı yoldan elde edilip edilmediği tartışılan günlük davası da konumuz açısından önem taşımaktadır. Yargıtay müşterek konutta diğer eşin ele geçirdiği günlüğün elde edilmesinin hukuka uygun olduğunu ve delilin yargılamada kullanılmasını kabul etmiştir⁴⁸. Yargıtay kararında çalınmış, tehdit ya da zorla alınmış delilin elde edilmesinin hukuka aykırı olacağını ifade ederek hukuka aykırı yoldan sadece bu yollarla delil elde edilebileceği kanısını uyandırmaya çalışmıştır. Her ne kadar delilin hukuka uygun elde edilmesi söz konusu olsa da delilin kullanılmasının yaratacağı olası kişilik hakkı ihlali göz önüne alındığında her zaman hukuka uygun yoldan elde edilen günlüğün yargılamada kullanılması isabetli olmayacaktır⁴⁹.

Cebir ve tehdit kullanarak, insanlık dışı veya onur kırıcı davranış ile ya da çalmak suretiyle bir delil elde edilmişse bu delil şüphesiz hukuka aykırı yoldan elde edilmiş bir delil olarak kabul edilecektir⁵⁰.

İncelenmesi gereken ikinci husus ise delilin elde edilirken gerçekleştirilen hukuka aykırılığı ortadan kaldıracak sebeplerin varlığı veya yokluğudur⁵¹. Hukuka uygunluk sebepleri onay, meşru savunma, üstün yarar ve kanunun verdiği yetkinin kullanılması halidir⁵². Meşru savunma hali daha çok hukuka aykırı yoldan delil elde edilmesinde ileri sürülebilecek hukuka

⁴⁸HGK., 25.09.2002, E. 2002/2-617, K. 2002/648, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (ET., 10.11.2016).

⁴⁹Kılıçoğlu, s. 394.

⁵⁰İnceoğlu, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, İstanbul, 2005, s. 291; Kılıçoğlu, s. 84.

⁵¹Çiftçi Türkel, s. 674.

⁵²Çiftçi Türkel, s. 675.

uygunluk sebepleri arasındadır. Kişinin kendi hakkını kendi eliyle koruması haline kanun koyucu bazı hallerde izin vermiştir. Öncelikle bir hakkın korunması söz konusu olmalı, yetkili organların zamanında müdahalesi imkanı bulunmamalı, hakkın korunması için başka bir imkan mevcut olmamalı, güç kullanma uygun ve dengeli olmalıdır (Haksız Fiiler Yasası m. 27). İspat hukuku alanında da çarpışma sonrasında tanık bulunmayan yerde araçtan inen hakaret eden kişinin sesinin kaydedilmesi, yine eşlerden birinin herkesin içinde eşine iyi davrandığı eşine yalnızken hakaretlerde bulunması ve hakarete uğrayan eşin bunu kaydetmesi hali gösterilebilir⁵³. Burada kişinin kendi hakkını kendi gücüyle koruması söz konusu olmaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken husus kanaatimizce güç kullanmanın uygun ve dengeli olması gereğidir. Hukuka aykırı delilin elde edilmesi ile yani kullanılacak kuvvet sonucunda ihlal edilecek hukuki menfaatler ile korunacak hukuki menfaat arasında bir denge bulunmalıdır⁵⁴. Hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı halinde hukuka aykırı yoldan elde edilmiş bir delilden de bahsedilemeyecektir.

B. Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Delillerin İspat Hakkıyla İlişkisi

İspat hakkı delil gösterme hakkı ve gösterilen delillerin yetkili organ tarafından kabulüyle incelenmesi talebinin kabulünü içine alan bir haktır⁵⁵. Bu hak sayesinde taraflar davada iddialarını mahkemeye deliller sunmak suretiyle ispat edebileceklerdir. Bazı ülkeler yaptıkları yasal düzenlemelerle ispat hakkını sınırlayıcı bazı kurallara yer vermektedirler. Bazı ülkeler ise hakimin

⁵³Çiftçi Türkel, s. 677; Kılıçoğlu, s. 214.

⁵⁴Çiftçi Türkel, s. 678, Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 406; Yıldırım, s. 246.

⁵⁵Berkin, s. 727; Kılıçoğlu, s. 16.

takdirine bağılı olarak delillerin kabul edilip edilemeyeceğı prensibini benimsemişlerdir. İspat yasakları olarak adlandırılan bu hallerden biri de hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin durumudur. Yargıç önüne gelen bir delilin öncelikle hukuka uygun olup olmadığını inceleyecektir. Hukuka uygun ise delilin kabul edilmemesi ispat hakkına aykırılık oluşturacaktır. Delilin hukuka aykırı olması durumunda ise hakim ya ispat hakkını sınırlayacak ya da ihlal edilen diğerk temel hakkı göz ardı edecektir.

İspat yükü kuralı gereğı davasını ispat edemeyen kişı davayı kaybetme rizikosu ile karşılaşacak ve davası reddedilecektir⁵⁶. İspat güçlüğü içerisinde düşme olarak ifade edilebilecek bu hal bazen tarafın kendi kusurundan, ihmalinden ileri gelmekte⁵⁷; bazı hallerde ise kendiliğinden ortaya çıkmaktadır⁵⁸. İşte bu hallerde hakkını alabilmek için kişinin iddiasını ispat etmesi güç olduğundan kişiler hukuka aykırı yollardan delil arayışı içine girebilmektedirler. Kişiler hukuka aykırı olarak elde ettikleri bu delillerin anayasa ile güvence altına alınmış ispat hakkını kullanmak üzere mahkeme tarafından kabul edilmesini talep etmektedirler. Davanın diğerk tarafı ise hukuka aykırı olarak delil elde edilmesi nedeniyle yine Anayasa’da yer alan temel haklarının ihlal edildiğini ileri sürmekte ve delilin kabul edilmemesini talep etmektedirler. Kanaatimizce hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı halinde hukuka aykırı yoldan elde edilen bir delil gündeme gelmeyeceğinden,

⁵⁶Berkin, s. 730;Umar/Yılmaz, s. 2;O’hare, John/Browne, Kevin, *Civil Litigation*, 16. Bası, London, 2013, s. 529.

⁵⁷İhmal ve kusur nedeniyle ispat güçlüğüne düşülen hallere örnek olarak, sözleşmeden doğan bir borcun şahit katılımı olmaksızın ve ödemenin yapıldığına dair hiçbir belge alınmaksızın elden ödenmesi hali verilebilir.

⁵⁸Hukuki fiiller kusur veya ihmal olmamasına karşın ispat edilmesi güç olan fiiller olarak adlandırılabilir. Örneğın zinanın, haksız fiile konu davranışın ispatı güçtür.

hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin ispat hakkını tam anlamıyla sınırladığını söylemek de doğru olmayacaktır. Zira ispat güçlüğü içerisinde olan, hakkını ispat edemeyecek durumda olan kişinin hakkını temin için meşru müdafaanın sınırları içerisinde elde ettiği delilin hukuka aykırı olduğundan bahsedilemeyecektir⁵⁹. Meşru müdafaa koşullarının gerçekleşmemesi halinde ise hukuka aykırı bir fiille bir hakkın kullanılması düşünülemeyeceğinden, hakimin de hukuka aykırılığa sırf bir hakkı temini için göz yumması bir hukuka aykırılığı ortadan kaldırmak için açılan davada hakimin ikinci bir hukuka aykırılığı davasında hükme esas alıp adeta ödüllendirmesi düşünülemeyeceğinden hukuka aykırı yoldan elde edilen delilin kabul edilmemesi halinde ispat hakkının sınırlandığı söylenemez; zira bir hak ancak hukuka uygun yollardan temin edildiğinde kullanılabilir.

§2. Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilen Delillerin Kabul Edilebilirliği Hususunda Temel Prensip ve Temel Prensibin İstisnaları

I. Temel Prensip

Kuzey Kıbrıs hukukunda ispat hukuku kurallarını düzenleyen yasa Şehadet Yasası'dır. Bu yasanın 3. maddesine göre Kuzey Kıbrıs hukukunda 1914 tarihli İngiliz Şehadet hukuku kuralları uygulanacaktır. Dolayısıyla İngiliz Şehadet hukuku hakkında yaptığımız açıklamalar ve içtihat kararları Kuzey Kıbrıs hukuku için de geçerli ve etkili olacaktır.

⁵⁹Türkel Çiftçi, s. 676 vd.

İngiliz hukukuna göre medeni yargılamada ve ceza yargılamasında taraflarca ileri sürülen delillerin mahkemede kabul edilmesi temel prensip olup, delilin haksız veya kanuna aykırı olarak elde edilmiş olması önem taşımamaktadır⁶⁰.

İngiliz hukukunda 1833 yılından itibaren jürinin etkisinin giderek kaybolmaya başlaması ile hakimin davada etkisi daha belirgin hale gelmeye başlamıştır⁶¹. Anglo-Sakson-Amerikan hukuk düşüncesine göre medeni yargılama hukukunda dava konusu sadece vakıalar olup, bu vakıaların ortaya çıkarılması ve ispat edilmesi yargılamanın özünü, amacını oluşturmaktadır⁶². İngiliz hukukunda dava konusunu belirlemede ve dolayısıyla dava malzemelerini yargılamaya getirmekte taraflar serbesttir⁶³. Dolayısıyla delillerin toplanması ve yargılamaya getirilmesi de tarafların sorumluluğundadır. Kural bu olmakla beraber mahkemenin getirilen deliller üzerinde kontrol yetkisi bulunmaktadır (CPR 32/1)⁶⁴. Mahkeme kontrol yetkisini delilin dava ile ilgili olup olmadığı (relevance) ve kabul edilebilirliği (admissibility) hususunda gerçekleştirecektir⁶⁵.

⁶⁰Burrows, Andrew, *English Private Law*, United Kingdom, 2013, s. 1371; Glover, Richard, *Murphy on Evidence*, 14. Bası, United Kingdom, 2013, s. 53.

⁶¹Gündüz, Okan, *Anglo-Sakson-Amerikan Hukuku Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Dava Yönetimi*, Ankara, 2009, s. 81; Verkek, R., *England and Wales, European Traditions*, s. 309; Zuckerman, Adrian, *Zuckerman on Civil Procedure Principles of Practice*, 3. Bası, London, 2013, s. 397 vd.

⁶²Gündüz, s. 88; Zuckerman, s. 397 vd.

⁶³Gündüz, s. 88; Verkek, s. 308; Zuckerman, s. 397.

⁶⁴Zuckerman, s. 398. Gündüz, mahkemenin deliller üzerindeki kontrol yetkisini dava yönetiminin en önemli unsurlarından biri olduğunu ifade etmiştir (s. 89). İngiliz hukukunda davayı sevk ve idare yetkisi Türk hukukunda yer alan yetki ile farklı özelliklere sahip bulunmaktadır. İngiliz hukukunda hakimin davayı aydınlatma ödevi bulunmamaktadır. Hakimin yetkisi sadece CPR'dayer alan temel esaslar çerçevesinde davanın yürütülmesine ilişkindir (Gündüz, s. 82)

⁶⁵Burrows, s. 1371; Glover, s.53; Gündüz, s. 89; Zuckerman, s. 422.

Dava ile ilgili olmakla birlikte kanun tarafından mahkemeye getirilmesi yasaklanmış bir delil; örneğin hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delil, kanun tarafından korunan gizli özel yazışmalar, sulh görüşmeleri sırasında kullanılan bilgi ve belgeler mahkemeye getirilirse, hakim bu delillerin kullanılmaması yönünde medeni usul hukuku kurallarında yapılan değişiklik sayesinde takdir hakkını kullanabilecektir⁶⁶. Yapılan değişiklikten sonra, hakimin yargılamadan önce deliller üzerinde inceleme yapması mümkün hale getirilmiştir. Buna göre hakim hangi hususların ispata muhtaç olduğunu taraflara bildirebilir, ispata muhtaç konuların hangi delillerle ispatlanması gerektiğine ilişkin kararlar verebilir ve delilin mahkemeye nasıl getirileceğine ilişkin hususlarda bildirimlerde bulunabilir (CPR m. 32.1). Bu madde uyarınca hakim yasal bir delilin yargılamaya getirilmesini yasaklayabileceği gibi (m. 32.2), taraflarca yapılacak olan çarpaz sorgulama haklarını kısıtlayabilir (m. 32.3). Hakim deliller üzerindeki kontrol yetkisini orantılılık ve ölçülülük ilkelerini gözönünde tutarak kullanmalıdır; zira bu yetki hakime dava yönetimi kapsamında verilmiş bir yetkidir⁶⁷. Hakim delilin getirilmesi çok zaman alacaksa, pahalı ise veya ispat hakkı ile orantısız ise o belgenin yargılamaya getirilmesine izin vermeyebilir⁶⁸.

İngiliz medeni yargılama kurallarında 1998 yılında yapılan değişikliklere kadar hakimin delili kabul etmeme konusunda bir başka deyişle

⁶⁶Zuckerman, s. 422-423.

⁶⁷Zuckerman, s. 424. Hakimin deliller üzerindeki kontrol yetkisi CPR m. 32 ile sınırlı olmayıp, süresi içinde yargılamaya getirilmeyen deliller mahkeme tatarında dikkate alınmayacağı gibi, CPR m. 31.21 uyarınca da davada ikame edilmemiş bir delile esas duruşmada dayanılamaz.

⁶⁸Gündüz, s. 91; Zuckerman, s. 426.

deliller üzerinde kontrol yetkisi bulunmamasına rağmen ITC Film Dağıtım Ltd. v Video Exchange Ltd. (1982) arasında geçen davada⁶⁹ yargıç Warner J. tam bir gerekçe belirtmeden mahkemede sunulan bazı delilleri hukuka aykırı olması sebebiyle reddetmiştir. Bu davada davacı avukatı tarafından dava dosyasına, davada kullanılmak üzere getirilen delil hile ile çalınmış bir delildir. Bu delilin elde ediliş şeklinin hukuka aykırı olması nedeniyle yargıç, delili kabul etmeme yönünde yetkisini kullanmıştır. Kararda hakim delillerin mahkemeye getirilmesi konusunda tarafların serbest olduklarını ancak hukuka aykırı yoldan bir delilin getirilmesinin aynı zamanda mahkemeye saygısızlık (contempt of court) olacağını dile getirmiştir.

Ashburton V Pape davasında (1913)⁷⁰yargıç Warner J. aynı kaideyi uygulamamıştır ve delilin kabul edilmesi yönünde karar vermiştir. Yargıç verdiği kararda şu hususları vurgulamıştır: Kişilerin başkalarının teftiş ve bilgisinden korumakla mükellef olduğu dökümanların, karşı tarafın eline geçmesi halinde tekrar geri alabilmek için mahkemeden karar alması mümkündür (CPR m. 31.20). Tarafın bu şekilde haksız olarak elinden çıkan delilin, geri alınması için mahkemeye başvurabileceği kuralı uyarınca, delil mahkeme tarafından kabul edilmiştir. Bu çözüme başvurulmasa da Warner J kararı iki esastan sadece biri ile izah edilebilecektir. Bu esas uyarınca yargıç kesin olmayan bir faaliyet sahasında yeni bir hukuki düzenleme oluşturabilir. Bu çerçevede yargıç kamu menfaatine uygun olmayan şartlarla elde edilen

⁶⁹Bkz. <http://swarb.co.uk/itc-film-distributors-ltd-v-video-exchange-ltd-chd-1982/>, (ET., 15.11.2016).

⁷⁰Bkz. <http://swarb.co.uk/lord-ashburton-v-pape-ca-1913/>, (ET., 15.11.2016).

delilleri kabul etmez ya da takdir yetkisini kullanarak delili kabul ettiği yönünde bir açıklamada bulunabilir⁷¹.

Goddard V Nationwide Building Society (1987) davasında⁷², yargıç Nourse L.J. birinci teoriden yola çıkarak kararını vermiştir. Yargıç Warner J. meseleyi kendi takdir esasına göre değil de, kamu politikası esasına dayanarak karara bağlamıştır. Yargıçlar tarafından farklı kararlar verilmesi hukuku tatmin etmeyen bir kargaşaya sokmuştur. Çünkü, mahkeme tarafından getirilen yeni kuralın davada bir olaya nasıl uygulanacağı tam ve açık olarak belirlenememiştir. İngiliz hukukunda bu problem hiç bir zaman çözülememiştir. Doktrinde bu problemin CPR 32.1. kuralları (1998) çerçevesinde çözümleneceği ileri sürülmektedir⁷³. Bu kural altında hakim delili kabul etmeyi kontrol edebilme konusunda çok geniş yetkiye sahiptir ve hukuki olarak kabul edilebilir olsa da, şartlara göre uygun olmayan delili herhangi bir sebepten dolayı kabul etmeyebilir. Böylelikle gelenek hukukuna göre delilin kabul edilebilirlik kuralı devam etse de, hakim bir tarafın kamu dışı, insafsızca ve haksızca elde ettiği delil ile karşı tarafa yapılabilecek, haksız, taraflı ve peşin hükümleri engelleyebilir ve bunu yaparken kullandığı gücü haklı çıkarmak için herhangi bir kamu menfaatinin varlığına ve güvenceye ihtiyaç duymaz.

⁷¹Glover, s. 61.

⁷²Bkz. <http://swarb.co.uk/goddard-v-nationwide-building-society-ca-1986/>, (ET., 15.11.2016).

⁷³Glover, s. 61.

II. Temel Prensibin İstisnaları

Hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin kabul edilip edilmemesi hususunda temel prensibin istisnaları ile kastettiğimiz Anglo-Sakson hukukunda, hakimın takdir yetkisini kullanarak kanuna aykırı veya haksız olarak elde edilen delili reddedip reddedemeyeceği hususudur. Yani hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin hangi hallerde yargılamada kabul edilemeyeceğinin tespiti ile her türlü delilin kabul edileceği yönündeki kuralın istisnaları belirlenmiş olacaktır.

İngiliz hukukunda hukuka aykırı yoldan elde edilen deliller adil yargılanma hakkını ihlal edecekse, hakim tarafından reddedilebilecektir. Yargılama sürecinin adil olup olmadığı ise savunma hakkının korunup korunmadığı hususunda yapılacak araştırma ile tespit edilebilecektir⁷⁴. Araştırmada aleyhinde hukuka aykırı delil ileri sürülen kişiye, delilin gerçekliği konusunda itiraz etme imkanı verilip verilmediği, delilin elde edilşinin kanıtın güvenilirliğine şüphe düşürüp düşürmediği incelenmelidir. Eğer hukuka aykırı olarak elde edilen delil dışında başka deliller de varsa ve delil çelişmeli bir biçimde ele alınıp güvenilirliği ve gerçekliğine itiraz edilebiliyorsa hakkaniyete uygun yargılanma hakkı ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlal edildiğinden söz edilemeyecektir⁷⁵.

⁷⁴Aktepe Artık, s. 354.

⁷⁵Aktepe Artık, s. 354; İnceoğlu, s. 288.

Sang (1980) davasında⁷⁶ hakim hukuk aykırı yoldan elde edilen delilin kabulünün adil yargılanma hakkının ihlaline yol açacağını ifade etmiş ve delili kabul etmemiştir. Failden, aldatma veya hile yolu ile elde edilen delilin kabul edilip edilmeyeceği hususunda Kuruma V The Queen (1955) davasında⁷⁷ Lord Goddard CJ hukuka aykırı yoldan elde edilen bu tür delillerin yargılamada yargıç tarafından reddedilebileceğini ifade etmiştir. Callis V Günnü (1964) ve Jeffry V Black (1978) davasında⁷⁸ Lord Parker CJ ve Lord Widgery CJ’de Lord Goddard CJ ile aynı görüşü paylaşmıştır. Sang kararı hakimın takdir yetkisini daha önce verilen hiçbir kararla bağlı kalmaksızın kullandığı önemli bir karardır.

⁷⁶Bu davada suçlu piyasaya sahte dolar sürmekle itham edilmektedir. İddiaya göre polis talimatı ile kendisini bunu yapmaya zorlayan bir polis ihbarcısıdır. Yargıç verdiği kararda tuzak kurmak suretiyle bir delil elde edilse de bu delilin dava dışında bırakılmasının mümkün olmadığını ifade etmiştir. Avukat bu yolla elde edilen delilin hukuka aykırı yoldan elde edilen bir delil olduğunu dile getirerek delilin reddedilmesini talep etmiştir. Yargıç bu talebi kabul etmemiştir. Karar hukuka aykırı yoldan elde edilmesi nedeniyle delilin reddedilmesi gereği ileri sürülerek istinaf edilmiştir. Ancak istinaf talebi reddedilmiştir. Bunun üzerine aleyhine hukuka aykırı yoldan elde edilen delil kullanılan taraf House of Lords’a başvurmuştur. House of Lords şu şekilde karar verdi:

- (a) Mahkemeye sunulan delillerin yargıç tarafından kabul edilmemesi yargıcın takdirindedir. Mahkeme dava öncesi delili ancak davanın adil bir şekilde yürütmesine engel teşkil edecekse davada kabul etmeyebilir.
- (b) Suç işlendikten sonra failden elde edilen deliller, itiraf ve kabul etme dışında hukuka aykırı elde edilmiş olsalarda, hakim delilleri kabul etmemelik yapamaz.

Lordlar suç işlendikten sonra failden alınan delillerin dava dışında bırakılabileceğini belirtmişlerdir. Çünkü bu delillerin elde edilmiş şekilleri (baskı, hile) sakıncalı olabilir. Lord Scarman hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin yargıç tarafından öncelikle suç öncesi elde edilen ve suç sonrası elde edilen olarak ikiye ayrılarak incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir. <http://swarb.co.uk/regina-v-sang-hl-25-jul-1979/>, (ET., 15.11.2016).

⁷⁷<http://swarb.co.uk/kuruma-v-the-queen-pc-8-dec-1954/>, (ET., 15.11.2016).

⁷⁸<http://swarb.co.uk/callis-v-gunn-cca-1964/>, (ET., 15.11.2016)

Callis V Gunu (1964) davasında⁷⁹ Lord Parker CJ hakimın takdir yetkisi ile anlatılmak istenenin delilin elde ediliş şeklinin hukuka aykırı olması halinde örneğin delilin hile, tehdit , rüşvet, sahtekarlık gibi yollarla elde edilmesi halinde hakimın bu delili kabul edip etmeme konusunda seçim hakkına sahip olması olarak ifade etmiştir. Jeffry V Black (1978) davasında⁸⁰ hakim izinsiz olarak konuta girmek suretiyle elde edilen delili yargılamada kabul etmemiştir.

Sang davasının ardından sonra mahkeme tarafından hukuka aykırı delilin kabul edilip edilmemesi hususunda bir kriter konmaya çalışmıştır. “Kötüniyet Testi” olarak adlandırılan bir ölçüt belirlenmiştir. Bu kavram ile anlatılmak istenen delilin elde edilmesinde bilerek aldatma yönteminin kullanılıp kullanılmadığının tespitidir. Bu testin konulma amacı hukuka aykırı delilin kabul edilmemesi hususunda hakimın takdir hakkını kullanmasını canlı tutmak olmuştur.

⁷⁹<http://swarb.co.uk/callis-v-gunn-cca-1964/>, (ET., 15.11.2016).

⁸⁰Sanık bardan sandviç çalmakla suçlanmıştır. Tutuklanmadan önce polis sanıkla birlikte arama yapmak üzere sanığın evine gitmiştir. Yapılan arama sonucunda evde uyuşturucu ele geçirilmiştir. Hakim kararı olmaksızın evde arama yapılması nedeniyle hakim takdir hakkını kullanılıp delili yargılamada kabul etmemiştir. Savcılık İstinaf Mahkemesi'ne kararı taşımıştır. İstinaf Mahkemesi yaptığı incelemede hile ile delil toplanması nedeniyle başvuruyu reddetmiştir. Lord Widgery CJ verdiği kararda şunu vurgulamıştır. Hile ile delilin elde edildiği her halde bu dava ile sınırlı olmaksızın yargıcın takdir hakkı bulunmaktadır. Lord kararında, hakim tarafından hile ile elde edilen delilin kabul edilmemesi kararı ile genel bir takdir yetkisinin kullanıldığını ifade etmiştir. Yüksek Mahkeme başkanı, polisin izinsiz bir konuta girmesi yetmezmiş gibi hile, baskı yapmak hareketlerinde ahlaki olarak ayıplanması gereken davranışlardır ve bu yolla elde edilen delillerin kabul edilip edilmemesi hususunda yargıcın takdir yetkisi bulunduğunu belirtmiştir.

<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd020516/rott-1.htm>, (ET., 12.11.2016), Glover, s. 64.

Adam (1980)⁸¹ davasında yine benzer bir karar verilmiştir. Karara göre ev araması esnasında elde edilen delil açık bir şekilde kanuna aykırı olsa da baskı uygulandığını veya haksızlık yapıldığını gösteren gösteren bir vakıa bulunmaması nedeniyle delil yargılamada kabul edilmiştir.

Sonuç olarak Anglo-Sakson hukukunda Sang davasından sonra hukuka aykırı yoldan elde edilen delilin kabul edilip edilemeyeceği konusu şu şekilde çözüme kavuşturulmuştur: Kötüniyetle yapılan uygulamalar, baskı, hile aldatma gibi yöntemlerle suç işlenerek elde edilen deliller, aleyhte hüküm elde edenin haklı olmaması halinde hakimın takdir yetkisini kullanması sonucunda reddedilebilecektir. Yargıç tarafından yapılması gereken iki değerlendirme söz konusu olacaktır. Bunlardan ilki mahkemeye getirilen delilin hukuka aykırı yoldan elde edilip edilmediği konusunda yapılacak değerlendirmedir. İkinci değerlendirme ise hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delilin dikkate alınıp alınamayacağı hususunda olacaktır. Yargılama sırasında sunulan bir delilin hukuka aykırı veya adil olmayan şekilde elde edildiğinin ileri sürülmesi halinde delil davayla ilgili ise ve kabul edilebilirlik kuralına aykırı şekilde elde edilmemişse yargıç bu delilleri dikkate almak zorundadır. İkinci değerlendirmede hakim delilin dikkate alınmaması durumunda ortaya çıkacak temel hak ihlali ile dikkate alınması durumunda elde edilecek menfaatten hangisine öncelik tanıyacağına her somut olayda karar verecektir. İlk değerlendirmede delil hukuka uygun ise tartışılacak bir husus gündem gelmemektedir; aksine delilin kabul edilmemesi başlıbaşına hak arama hürriyeti, hukuki dinlenilme hakkı ve dolayısıyla ispat hakkının sebepsiz yere ihlali anlamına gelecektir. İkinci değerlendirmede ise artık karar verme yetkisi

⁸¹<http://swarb.co.uk/macarthys-ltd-v-smith-ca-1980/>, (ET., 17.11.2016).

hakime geçmektedir. Yargıç hangi hakka üstünlük tanıyacağına kendisi karar verecektir. Eğer hukuka aykırı yoldan elde edilen delilin kullanılması yargılamanın bütünü değerlendirildiğinde aleyhinde hukuka aykırı delil getirilen kişinin adil yargılanma hakkını etkiliyorsa hakim bu delili kabul etmeyecektir⁸². Kuzey Kıbrıs ve İngiliz hukukunda yasal mevzuat ve içtihatlar her ne kadar hakime takdir yetkisi vermek suretiyle hukuka aykırı yoldan elde edilen delilin kabul edilmemesi yolunu istisna gibi düzenlese de hukuk devleti olan bir ülkenin üç temel erkenden biri olan yargı organının görevlerinden biri de hukuka aykırılığın giderilmesidir; zira yargı organının hukuka aykırılığa göz yumması ve bu surette elde edilen delilleri kabul ederek adeta hukuka aykırı yollardan yararlanmak suretiyle delil elde edilmesini ödüllendirmesi düşünülemez. Kanaatimizce hukuku uygulamakla görevli olan hakimin hukuka aykırılığa göz yumması düşünülemez, bu nedenle hukuka aykırı yoldan elde edilen delilin sadece adil yargılanma hakkını ihlal etmesi halinde değil, her halde hakim tarafından reddi gerekmektedir.

⁸²Glover, s. 53.

§3. Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilen Delillerin Kabul Edilebilirliği Sorunu

I. Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilen Delillerin Kabul Edilmesi Halinde Gündeme Gelen Sorunlar

A. Hukuk Düzeninin Birliğinin Bozulması

Hukuka aykırı yoldan elde edilen delilin mahkemede kullanılması halinde hukuk düzeni birliği bozulacaktır. Hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin mahkeme tarafından kabulü halinde maddi hukuk tarafından yasaklanan bir yöntem usul hukuku tarafından izin verilmiş olacaktır. Usul hukukunun maddi hukuka hizmet etmek için var olduğu gerçeği karşısında maddi hukuk ve usul hukukunun birbiriyle çelişmemesi gerekir. Bir başka deyişle birinin yasakladığına diğeri göz yummamalıdır. Aksi halde hukuk çelişkiler içerisine düşer ve hukuka olan güven de azalır⁸³.

Ayrıca delilin elde edilmesinin hukuka aykırılığından, delilin kullanılmasının da hukuka aykırı olduğu sonucu çıkarılamayacağından, delil elde etme ve kullanmada farklı hükümler verilebilecektir⁸⁴; zira maddi hukuk, usul hukukunun düzenleme amaçları farklıdır⁸⁵. Nasıl ki ceza yargılaması

⁸³Pekcanitez, *Hukuka Aykırı Delil*, s. 827.Bkz. Kılıçoğlu, s. 132-135; Sevimli,Ahmet, *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları*, İstanbul, 2006, s. 280. Diğer hukuk sistemlerinde yer alan bu konudaki görüşler için bkz. Yıldırım, s. 864.

⁸⁴Yıldırım, s. 865.

⁸⁵Arslan, Ramazan, *Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*, Ankara, 1989, s. 42; Kılıçoğlu, s. 134; Üstündağ,Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, Cilt I-II, 6. Bası, İstanbul, 1997, s. 41, 42.

alanındaki içtihatlar, Anayasa ve Kanun ile delil yasağının kabulüne rağmen böyle bir yasağın medeni yargılama hukuku bakımından kabul edilmemesi hukuk düzeni birliğine aykırılık teşkil etmiyorsa, medeni yargılamada da delil yasağının kabul edilmemesi çelişkili olmayacaktır. Ceza ve özel hukuk arasındaki amaç ve düzenleme açısından var olan farklılık yargılama hukukuna da yansımaktadır⁸⁶.

Maddi hukuk alanında geçerli olan bir hukuki işlemin varlığı, yargılamada getirilen ispat yasağı kuralı ile reddedilebilmektedir. Örneğin Türk hukukunda belirli miktarın üzerindeki hukuki işlemler ancak senetle ispat edilebilmektedir. İspat hakkını sınırlayan bir kuralın belirli meşru amaçlara hizmet etmesi halinde hukuk düzeni birliği bozulmayabilecektir⁸⁷. Dolayısıyla hukuka aykırı yoldan elde edilen delilin kabul edilmesi meşru bir araca dayanıyorsa hukuk düzeni birliği bozulmayacaktır. Hukuk düzeni birliği açısından yapılan eleştiriler hukukumuz açısından geçerli değildir; zira belirli delillere ispata ilişkin herhangi bir hüküm Şehadet Yasası'nda bulunmamaktadır. Yargılama hukuku maddi hukuka hizmet etmekte olup, hakların temini için taraflar her türlü delille ispatı gerçekleştirebilirler. Kanaatimizce, maddi hukukta yasaklanan bir yolla elde edilen delilin yargılamada kabul edilmesi hukuk düzeni birliğini bozacaktır. Aksinin kabulü halinde maddi hukuk kuralları çiğnenerek, tazminat ödemek pahasına hukuka aykırı yoldan delil elde edilmeye çalışılacaktır.

⁸⁶Kılıçoğlu, s. 135, Yıldırım, s. 865.

⁸⁷Kılıçoğlu, s. 136.

B. Adil Yargılanma Hakkının İhlali

Hukuka aykırı yollarla elde edilen delillerin yargılamada kullanılması durumunda aleyhinde delil getirilen kişinin adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediği hususu bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hukuka aykırı yollardan elde edilen deliller çoğunlukla kişilerin özel hayatına, konut dokunulmazlığına, haberleşme özgürlüğüne yapılan müdahalelerle ele geçirilmektedir. Hukuka aykırı yollarla adil olmayan bir yöntemle delillerin elde edilip yargılama sürecinde kullanılması silahların eşitliği ve adil yargılanma hakkına (Anayasa m. 17; AİHS m. 6) aykırılık oluşturacaktır⁸⁸.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesi uyarınca her şahıs davasının makul süre içinde, aleni olarak ve hakkaniyete uygun olarak yapılmasını istemek hakkına sahiptir. Türk Anayasasında ise herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalananarak yargı mercileri önünde adil yargılanma hakkına sahip olduğu şeklinde hak yer almaktadır. Anayasa'nın 2. maddesinde adil yargılanma hakkının sağlanması hususunda temel görev devlete verilmiştir. Kuzey Kıbrıs Anayasası'nın 17. maddesi uyarınca kimse mahkemeye başvurmak hakkından yoksun bırakılamaz ve her ne ad altında olursa olsun adli komisyonlar ve istisnai mahkemeler kurulamaz. Herkes yasa ile kurulan bağımsız, tarafsız ve yetkili mahkeme tarafından yargılanma hakkına sahiptir. Yargılama makul süre içinde adil ve açık bir surette yapılmalı ve karar gerekçeye dayanmalıdır. Hukuk Muhakemeleri Usulü

⁸⁸Çiftçi Türkel, s. 671.

Yasası ve Hukuk Muhakemeleri Usulü Tüzüğü'nde adil yargılanma hakkına ilişkin açık bir düzenleme yoktur. Ancak Anayasamızda adil yargılanma hakkının unsurları açıkça belirtilmek üzere hakkı açıklayan 17. madde medeni usul hukukuna da ışık tutar⁸⁹. Dolayısıyla adil yargılanma hakkı medeni yargılamada da geçerli olacaktır. Sonuç olarak tüm bireylerin mensup oldukları devletlerden talep edebilecekleri ve uluslararası alanda güvence altına alınmış⁹⁰ bu hak uyarınca, herkes uyuşmazlıklarının aleni biçimde, makul sürede, bağımsız ve tarafsız mahkeme önünde, hakkaniyete uygun şekilde görülmesini ister⁹¹. Hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin yargılamada kullanılması daha çok adil yargılanma hakkının hakkaniyete uygun yargılanma unsuruyla ilgilidir.

İngiliz Hukukunda hukuka aykırı yoldan elde edilen deliller davada adil yargılanma hakkını etkilemediği sürece kullanılabilir. Şehadet Yasası m. 2 uyarınca hukukumuzda 1914 tarihli İngiliz Şehadet Hukuku kuralları uygulanacağından Kuzey Kıbrıs hukukunda da İngiliz hukukunda olduğu gibi hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin mahkemede kabul edilmesi temel prensip olup, hukuka aykırı yoldan elde edilen delil ancak aleyhinde kullanılacak kişinin adil yargılanma hakkını etkilerse davada kabul görmeyecektir⁹². Bu konuda takdir yetkisi hakime bırakılmıştır. Bu konuda örnek mahkeme kararlarına “Temel Prensibin İstisnaları” başlığı altında

⁸⁹Aktepe Artık, s.37; Ulukapı, Ömer, *Medeni Usul Hukuku*, 2. Bası, Konya, 2014, s.125.

⁹⁰Demircioğlu, s. 47; Ulukapı, s.125.

⁹¹Kılıçoğlu, s. 82; Pekcanitez, “*Hukuki Dinlenilme Hakkı*”, s. 760; Pekcanitez, Hakan, “*Medeni Yargıda Adil Yargılama*”, *İzBD.*, 1997/2 (Adil Yargılama), s. 47-48; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 384; Ulukapı, s.126-127.

⁹²Glover, s. 54.

değ inildiğ inden, AİHM kararlarında hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin kabul edilip edilmeyeceğ i ve adil yargılanma hakkıyla ilişkisine bu baş lık altında yer vereceğ iz.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin yargılamada kullanılması halinde adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğ i meselesi tartışılmış tır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin adil yargılanma hakkı hususunda yerleş ik iç tihadına göre ispat yükü, delillerin kabul edilebilirliğ i ve değ erlendirilmesi meseleleri milli mahkemenin yetkisinde olup, Sözleşme organları bunların uygulanması ve yorumu açısından sadece kötüye kullanımın olup olmadığ ı hususunda inceleme gerçekleştirmektedir⁹³. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İsviçre'ye karşı yapılan bir başvuru üzerine davada hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin kullanılıp kullanılmayacağı hususunda yaptığı incelemede bu hususun bir iç hukuk meselesi olduğunu dile getirmiş ve hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin mahkeme tarafından kabul edilmesini adil yargılanma hakkına aykırı bulmamış tır⁹⁴. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında sözleşme tarafından garanti altına alınan hakkın adil yargılanma hakkı olduğ u, buna karş ılık hukuka aykırı yollardan elde edilen deliller hakkında bir düzenlemenin yer almadığ ı ifade edilmiş tir. Mahkeme hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin mahkemede kullanılıp kullanılmayacağı konusunda yargılamanın bir bütün olarak düşünülerek adil yargılanma hakkı çerçevesinde değ erlendirme yapılması

⁹³Bkz. Aktepe/Artık, Gözübüyük/Gölcüklü, s. 291,306 vd.; Inceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı*, s. 222, 28; Kılıçoğlu, s. 83.

⁹⁴İnceoğlu, s. 277; Keskin, s. 104; Şahbaz, İbrahim, “*Karşılaştırmalı Hukukta ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hukuka Aykırı Deliller*”, Ankara Barosu Dergisi, 2006/1, s. 113.

gerektiği yönünde karar vermiştir. Sonuç olarak delillerin değerlendirilmesi yasağı hakkında sözleşmede açık bir hüküm yer almadığından, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından bu hususun inceleme dışında kaldığı ifade edilmiştir⁹⁵.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Khan/İngiltere kararında sözleşmeyle korunan hak ve yükümlülüklerin ihlal edilmemesi koşuluyla, ulusal mahkemelerin fiili ve hukuki hatalarıyla meşgul olmak görevinin bulunmadığını dile getirmiştir⁹⁶. Buna karşılık mahkeme sanığın hücrelerine yerleştirilen bir başka kişinin sanığı konuşturması üzerine elde edilen kayıtların delil olarak kullanılmasını adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir⁹⁷.

Marckx Kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sözleşmenin 8. maddesi ile tespit edilen özel yaşama riayet yükümlülüğünün devletlere yüklendiğini ve sözleşmeye üye devletlerin bu konuda hiçbir şey yapmamasının sözleşmenin ihlali anlamına geldiğini ifade etmiştir. Ancak mahkeme Almanya kararında özel bir kişi tarafından hukuka uygun olmayan yollarla elde edilen ses kaydının davada delil olarak değerlendirilmesini ihlal olarak nitelendirmemiştir⁹⁸. İtalya kararında mahkeme hukuka aykırı olarak elde edilen delilin yan delillerle desteklenmesi halinden sözleşmenin ihlaline

⁹⁵ Aktepe Artık, s. 353; İncooğlu, s. 278; Pekcanitez, *Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Deliller*, s. 342, Şahbaz, s. 113.

⁹⁶ Soyaslan, Doğan, “*Hukuka Aykırı Deliller*”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt VI, Sayı 3-4, 2003, s. 23 vd.

⁹⁷ Tercan/Erdem/Sancaktar, s. 181 vd.

⁹⁸ AİHM kararı, 12505/86 Almanya, Bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (ET., 10.11.2016).

sebebiyet vermeyeceğini dile getirmiştir⁹⁹. Schenk/İsviçre kararında bir cinayet suçunda maddi gerçeği ortaya çıkarmadaki yararın başvurucunun kişilik haklarının korunmasındaki yarardan daha fazla olduğu vurgulanmış ve kiralık katil ile yapılan telefon görüşmesinin mahkemede kullanılmasının adil yargılanma hakkını ihlal etmeyeceği sonucuna varılmıştır. Kararda gizlice elde edilmiş ses kaydının hangi durumda adil yargılanma hakkını ihlal ettiğinin kabul edileceği ifade edilmiştir. Buna göre eğer bir davada özel kişiler tarafından izin alınmaksızın yani gizlice temin edilmiş hukuka aykırı ses kaydı tek delil ise ve güvenilirliği konusunda makul şüpheler varsa ve bu şüpheleri giderici güvenceler sağlanamamışsa mahkeme adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varabilecektir¹⁰⁰.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delillerin yargılamada kullanılamayacağına ilişkin açık bir hüküm bulunmadığından, hukuka aykırı yoldan elde edilen delilin kabul edilmesi durumunda adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğinin tespitinde delillere ilişkin eşitsizlik, dengesizlik veya hakkaniyetsizlik iddiaları yargılamanın bütünü dikkate alınarak incelenmeli, başvurucuya yargılamaya etkili olarak katılma imkanının verilip verilmediğine veya savunmanın konumunun önemli şekilde zarar görüp görmediğine ya da ulusal mahkemenin değerlendirmesinin keyfilik taşıyıp taşımadığına bakılmalıdır¹⁰¹. Hukuka aykırılığın konuta, haberleşmeye ve özel yaşama saygı hakkını sözleşmede bu hakların yer almasına rağmen ihlal etmesi tek başına adil yargılanma hakkını

⁹⁹AİHM kararı, 13274/87, TS ve FS ile İtalya kararı için bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (ET., 10.11.2016).

¹⁰⁰Aktepe Arık, s. 354; İncoğlu, *Adil Yargılanma*, s. 291; Kılıçoğlu, s. 84; Soyaslan, s. 23; Şahbaz, s. 113-114.

¹⁰¹Aktepe Artık, s. 354 vd.; Kılıçoğlu, s. 83.

ihlal ettiği anlamına gelmemektedir¹⁰². Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kötü muamele, cebir veya baskı ile hukuka aykırı olarak elde edilmiş ikrarın sözleşmeye taraf ülke yargı organı tarafından kabul görmesini ve mahkemede kullanılmasına izin verilmesini adil yargılanma hakkının ihlali olarak kabul etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararını sözleşmenin 6. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan ‘suçun kanunen ispat edilmesine kadar’ ibaresine dayandırmıştır.

C. Kişilik Hakkının İhlali

Kişilik hakkı Anayasa’da güvence altına alınmış temel haklardan biri olup Anayasa’nın 14. maddesinde yer almıştır. Buna göre kişinin şeref ve haysiyeti dokunulmazdır. Herkes buna saygı göstermek ve korumakla yükümlüdür. Yine Kişisel ve Siyasal Haklar (Onay) Sözleşmesi de kişilik hakkını teminat altına almıştır Sözleşmeye göre hiç kimsenin özel ve aile hayatına, konutuna, yazışmasına keyfi veya kanuna aykırı olarak müdahale edilemez, onur ve ününe kanuna aykırı saldırıda bulunulamaz. Herkes bu tür müdahale ve saldırılara karşı kanunla korunma hakkına sahiptir (m. 17).

Kişilik hakkı temel bir hak olup ancak Anayasa’da belirlenen hallerde sınırlandırılabilir. Anayasa uyarınca temel hak ve özgürlükler, özüne dokunmadan, kamu yararı, kamu düzeni, genel ahlak, sosyal adalet, ulusal güvenlik, genel sağlık ve kişilerin can ve mal güvenliğini sağlamak gibi nedenlerle ancak yasalarla kısıtlanabilir (m. 11).

¹⁰²Aktepe Artık, s. 354; İncooğlu, *Adil Yargılanma*, s. 287, Kılıçoğlu, s. 83.

Kişilik hakkı, kişiliği oluşturan değerlerin tümü üzerindeki hak olup¹⁰³, bu hakkın konusunu oluşturan değerler bireyin hayat hakkı, sağlığı, vücut bütünlüğü, şeref ve haysiyeti, özgürlükleri, gizli ve özel hayat alanı, sesi, görüntüsü ve yazdıkları üzerindeki hakkı, kişiliğini geliştirme hakkı, kişisel verileri üzerindeki hakkı gibi değerlerdir¹⁰⁴. Hukuka aykırı yoldan delil elde edilmesi halinde ihlali gündeme gelen kişilik hakkı değerleri genellikle bireyin sesi, görüntüsü ve yazdıkları ile bağlantılı olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁰⁵. Hukuka aykırı yoldan delil elde edilirken, aleyhinde delil elde edilen kişinin hangi hayat alanına¹⁰⁶ müdahale suretiyle kişilik hakkının ihlal edildiği, ihlalin yoğunluğunun tespiti açısından önem taşımaktadır. Gizli¹⁰⁷ ve özel hayat alanında ihlal daha yoğun kabul edilecektir. Hukuka aykırı yoldan bir delilin elde edilip edilmediğinin incelenmesinde sosyal alan ses kaydı, görüntü kaydı gibi müdahalelerde özel korunmaya açık olmayan alan olarak

¹⁰³Arpacı, Abdülkadir, *Kişiler Hukuku*, İstanbul, 2000.s. 2; Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan, *Türk Özel Hukuku, Cilt II*, 13. Bası, İstanbul, 2013.

s. 100, Helvacı, Serap, *Gerçek Kişiler*, İstanbul, 2006, s. 71, Soysal, Tamer, “*Elektronik Posta Yoluyla Kişilik Haklarına Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk*”, Bilimsel Hukuk, Ankara Barosu, s. 49.

¹⁰⁴Kılıçoğlu, s. 280.

¹⁰⁵Kılıçoğlu, s. 280, Dural/Öğüz kişilik hakkını kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini sağlayan varlıkların tümü üzerindeki hak olarak tanımlamaktadır (s. 100). Öztan ise kişilik hakkını kişinin serbest karar vermesi ve kendini serbestçe geliştirmesi, kişinin ruh ve vücut bütünlüğüne dokunulmaması hakkı olarak ifade etmiştir. Yazarın eserinde şahsiyet hakkı olarak geçen kişilik haklarının başlıcaları hayat, sağlık ve vücut tamlığı, şahsın şeref ve haysiyeti, şahsın hayat alanı, resim üzerindeki hak, şahsın meslek, sanat ve ticaret hayatındaki şahsiyeti olarak ifade bulmuştur (s. 111 vd.).

¹⁰⁶Kişilerin hayat alanı özel hayat alanı, kamuya açık hayat alanı ve gizli hayat alanı olarak üçlü ayrıma tabi tutulmaktadır (Helvacı, s. 88; Kılıçoğlu, s. 281; Kılıçoğlu, *Sorumluluk*, s. 113 vd.)

¹⁰⁷Gizli hayat alanı, kişinin sadece kendisinin bildiği ve güven duyduğu kişilerle paylaştığı alan olup, özel hayat ise kişinin gizli hayatına dahil olmayan sıkı ilişki içinde bulunduğu sınırlı sayıda kişilerle paylaştığı, gizli hayat alanına göre daha dar olan bir alandır (Helvacı, s. 89; Kılıçoğlu, s. 281; Kılıçoğlu, *Sorumluluk*, s. 117).

ifade edilmekte, bu alan kişilik haklarına ilişkin korumadan yararlanamamaktadır. Hal böyle olmakla birlikte sürekli izleme yolu ile kişisel verilerin derlenmesi kişilik haklarını ihlal etmektedir¹⁰⁸. Kişilik hakkı mutlak ve sınırsız bir hak olmayıp, başkalarının daha yüksek değerdeki haklarının korunması için sınırlanabilir; zira bu hak diğer tüm sübjektif haklar gibi menfaatlerin tartılması kuralına tabidir¹⁰⁹.

Kuzey Kıbrıs ve İngiliz hukukunda kişilik hakkının ihlali sonucunda elde edilmiş olsa da bu deliller kural olarak yargılamada kabul edilmektedirler. Eğer hakim bu delili hukuka aykırı olması nedeniyle kabul etmeyecekse bunun gerekçesini de mutlaka kararında belirtmelidir. Mahkemeye sunulan bir delilin kabul edilmemesi istinaf sebebi teşkil etmektedir. Bu deliller hukuka aykırı şekilde elde edilen ses bantı, fotoğraflar, çalınmış zimmete geçirilmiş aşk mektupları veya başka şekilde hukuka aykırı olarak ele geçirilmiş günlükler olabilir¹¹⁰. Hukuka aykırı yollardan elde edilen deliller sorunda delil elde etme ve oluşturma fiili genellikle kişilik hakkı ihlali merkezli olarak karşımıza çıkmaktadır¹¹¹.

Kişilik hakkının ihlaline yol açan hukuka aykırı yoldan elde edilen delillere ilişkin somut örnekler vermek konunun açıklanması bakımından önem taşımaktadır. Öncelikle görüntü kayıtları ve fotoğraflar üzerinde kişilerin kişilik hakkının bulunduğunu söylemek gerekmektedir¹¹². Bu tür

¹⁰⁸Kılıçoğlu, s. 281.

¹⁰⁹Kılıçoğlu, s. 284; Kılıçoğlu, *Sorumluluk*, s. 143.

¹¹⁰Pekcanıtez, *Hukuka Aykırı Delil*, s. 385.

¹¹¹Kılıçoğlu, s. 277.

¹¹²Dural/Öğüz, s. 131-132; Eker Kazancı, s. 131; Zevkliler, Aydın, *Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler*, Ankara, 1981, s. 285.

kayıtların kişilik hakkı ihlal edilmek suretiyle elde edilmesi halinde hukuka aykırı yoldan elde edilmiş bir delilden bahsedilebilecektir¹¹³. Türk hukukunda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na konu olan bir davada¹¹⁴ davacılar miras bırakan ile oğlu arasında yapılan konuşmanın video kaydını muvazaanın ispatı için kullanmak istemişlerdir. Hakim gerekçe göstermeksizin bu video kaydının hukuka aykırı yoldan elde edilmediğini dile getirmiştir, ancak delili de muvazaa iddiasının kabulü açısından yetersiz bulmuştur. Burada hakim tarafından değerlendirilmesi gereken husus kişinin ölümü sebebiyle kişilik hakkının sona ermesi ve bu delilin kullanılması halinde ölenin yakınlarının kişilik haklarına ağır müdahale teşkil edip etmeyeceği hususu olmalıydı. Bu çerçevede hakim menfaatler arasında kuracağı denge ile delilin kabul edilip edilmemesine karar vermelidir.

İki ya da daha fazla kişinin gerçekleştirdiği görüşmenin bir üçüncü kişi tarafından habersizce dinlenmesi sonucu elde edilen delil kişilik hakkının ihlal edilmesi nedeniyle hukuka aykırı yoldan elde edilen delildir; zira bu delilin telefon görüşmesinin gizlice üçüncü kişi tarafından dinlenmesinden bir farkı yoktur¹¹⁵. Kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların bir aletle dinlenmesi ayrıca suç olarak da düzenlenmiştir (Özel Hayatın ve Hayatın Gizli

¹¹³Hukuka aykırılığın ortaya çıkabilmesi için kaydın gizlice çekilmesi yeterli olmayıp delil elde etme ve kullanma fiilinin, hukuka uygunluk sebepleriyle veya değerlerin ve menfaatlerin tartışılması yoluyla hukuka aykırı olduğu sonucuna varılabilecektir (Kılıçoğlu, s. 364)).

¹¹⁴YHGK., 28.05.2013, E. 2003/1-374, K. 2003/370, MİHDER 2006/2, S. 4, 1026, 1030. Bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (ET., 10.11.2016).

¹¹⁵Pekcanitez, *Hukuka Aykırı Delil*, s. 388. Ateş, bir kişinin konutuna girmek suretiyle elde edilen bilgilerin veya izinsiz olarak bir görüşmenin dinlenmesi sonucunda bilgi edinilmesine dayalı tanık anlatımının hukuka uygun olmadığını dile getirmiş ve duruşma sırasında tanığa bilgiye nasıl ulaştığının sorulması gerektiğini ifade etmiştir (s. 103).

Alanının Korunması Yasası m. 6). Gözetleme sonucu ya da doğrudan ama gizli olarak böyle bir delilin elde edilmesinin kişilik hakkını ihlal edip etmediği hususu her somut olay ayrı olarak değerlendirilmeli ve hak ve menfaat cephesi gözönünde bulundurularak bir sonuca varılmalıdır¹¹⁶.

İzin almaksızın bir kişinin video kaydının veya ses kaydının alınması kişilik hakkına tecavüz oluşturmaktadır. Bu şekilde elde edilen delilin yargılamada kullanılıp kullanılamayacağı hususunda hakim değerlendirme yapacaktır¹¹⁷. Türk hukukunda Yargıtay verdiği bir kararda¹¹⁸ hukuka aykırı yoldan elde edilmesi nedeniyle delili kabul etmemiştir. Dava konusu olay kira borcunun ödendiği vakiasının ispatına ilişkindir. İspat için getirilen delil hukuka aykırı yoldan elde edilmiş bir ses kayıdır. Her ne kadar Yargıtay menfaatlerin tartılması yolu ile karar vermemiş olsa da, menfaatlerin tartılması yoluyla bu sonuca varmak mümkün olacaktı. Zira terazinin bir kefesinde kişinin gizlice ses kaydı alınması yoluyla ihlal edilen kişilik hakkı bulunurken, diğer kefesinde malvarlığına ilişkin küçük bir meblağın ispatına ilişkin hak bulunmaktadır. Yapılacak değerlendirmede kişilik hakkının geride kalacağı kaçınılmazdır¹¹⁹.

İnternet aracılığıyla gündeme gelebilecek kişilik hakkının ihlali yolu ile hukuka aykırı delil temini elektronik postanın ele geçirilmesi yolu ile olabileceği gibi, spoofing ve phishing diye bilinen kandırma yöntemi ile bilgi

¹¹⁶Pekcanıtez, *Hukuka Aykırı Delil*, s. 388.

¹¹⁷Türk hukukunda bu tür deliller sadece ceza yargılamasında kullanılabilecektir (Pekcanıtez, *Hukuka Aykırı Delil*, s. 389).

¹¹⁸13. HD., 14.06.2006, E. 7611, K. 9640, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (ET., 10.11.2016).

¹¹⁹Kılıçoğlu, s. 320.

alınması şeklinde gündeme gelebilecektir¹²⁰. Spoofing kişinin kendi gerçek elektronik postasını, alan adını veya ip numarasını saklayarak iletişim kurması ve bilgi alması yöntemidir. Ip spoofing ise kullanıcı kendi ip numarasını farklı göstermektedir. Pishing yöntemi ise şifre avcılığı olarak bilinen bir yöntemdir. Bu yöntemde atılan sahte e posta ile kişisel veriler ele geçirilmektedir¹²¹. Tüm bu yöntemler aldatma yolu ile kişisel verilere ulaşmayı sağlayan programlar olup, bu yolla elde edilen deliller hukuka aykırı yoldan elde edilmiş deliller olarak adlandırılacaktır; zira delilin elde edilmesinde kişilik hakkı ihlal edilmiştir.

Türk hukukunda üzerinde durulması gereken Yargıtay’a konu olan bir davada günlük kararıdır. Yukarıda “Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilen Delil Kavramı” başlığı altında kısaca değindiğimiz bu kararı kişilik hakkı açısından değerlendirmek gerekmektedir. Günlük kişinin gizli hayat alanına ilişkin bilgilerin yer aldığı ve bildirim amacı taşımaksızın sırların belirtildiği bir defter, dış dünyada vücut bulan bir cisim olup; bu gizli alana müdahale edilebilmesi ve bu müdahalenin haklı görülebilmesi için delil gösterenin menfaatinin en az bu menfaat kadar önemli kabul edilebilmesi gerekmektedir¹²². Yargıtay verdiği kararda evli kişilerin ortak konutta gerçekleştirebileceği kişiliği geliştirme hakkıyla, kişinin kendi yazdıkları üzerindeki kişilik hakkının korunması gerektiğinden bahsetmemiş ve eşin

¹²⁰Soysal, s. 57.

¹²¹İnternet üzerinden gerçekleştirilen aldatmalar genellikle trojanlar ve spywareler yolu ile gerçekleştirilmektedir. Spyware, izin almaksızın kişisel bilgi toplama ve bilgisayarın konfigürasyonunu değiştirmek için kullanılan bir programdır. Spyware için bkz. <http://en.wikipedia.org/wiki/Spyware>, (ET. 15/11/2016). Trojan ise Truva atı olarak da adlandırılan bilgisayar kullanıcılarının izinleri dışında bilgisayarlara çeşitli programlarla yerleşen, bilgisayarı uzaktan kumanda eden yazılım programıdır.

¹²²Kılıçoğlu, s. 391.

kapıyı kırarak eşini başka adamla yakalayıp fotoğraf çekmesi nasıl hukuka uygunsa, günlüğü ele geçirmesinin de hukuka uygun olacağını dile getirmiştir. Ancak düşülen hata ilk halde zina ile hukuk düzeninde korunmayan ve boşanmaya sebebiyet veren fiilin gerçekleştirilmesi söz konusu iken, ikinci durumda gerçek bile olması tartışılabilir, fantazi ürünü olabilecek günlük delili gündemdedir. Eğer Yargıtay'ın görüşü kabul edilecek olursa aynı evde yaşayan kişilerin sadece kendilerin tarafından okunabileceğini karar verecekleri günlük tutma ve mektup muhafaza etme hakları bulunmayacaktır¹²³. Kanaatimizce hakimin yapması gereken davacının ispat hakkı çerçevesinde sahip olduğu menfaati ile, davalının ihlal edilen temel haklarını kefelere koymak suretiyle tartarak hükme ulaşmasıdır.

Türk hukukunda HMK 189/2'de açıkça hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin yargılamada kullanılmasının yasaklanmasının ardından Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2014 yılında verdiği kararda davalı kadının rızası olmaksızın boşanma davasında kullanılmak üzere kurgu sonucu elde edilen ses kaydının hukuka aykırı yoldan elde edilmesi nedeniyle usulsüzlük yaratıldığını ve hükme esas alınmaması gerektiğini vurgulamıştır¹²⁴.

¹²³Kılıçoğlu, s. 395.

¹²⁴Kuru, Baki, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku*, İstanbul, 2016, s. 332. YHGK 26.11.2013, 4/1183-960, YHGK 15.2.2012, 2/703-70, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (ET., 10.11.2016).

D. Özel Hayatın Gizliliğinin İhlali

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8. maddesinde özel yaşama, aile yaşamına ve haberleşmeye saygı hakkı ifade bulmuştur. Kuzey Kıbrıs hukukunda da Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanlarının Korunması Yasası (2014) ile özel hayatın gizliliğine karşı yapılan müdahaleler koruma altına alınmıştır. Kişinin özel hayatının gizliliği ihlal edilerek elde edilen deliller hukuka aykırı delil sayılmaktadırlar¹²⁵.

Türk hukukunda Yargıtay’a konu olan bir boşanma davasında gizlice sesin kaydedilmesi sonucu elde edilen delilin özel hayatın ihlali nedeniyle hukuka aykırı yoldan elde edildiği iddia edilmiş ve değerlendirilmemesi gerektiği ileri sürülmüştür. Yargıtay öncelikle delilin elde edilmesinin hukuka aykırı olup olmadığını incelemiştir. Dava konusu delil sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışı ispat edebilecek tek delildir. İlk derece mahkemesi bu delili davalının bilgisi dışında özel hayatın gizliliği ihlal edilmek suretiyle temin edilen ve bu nedenle hukuka aykırı yoldan elde edilmiş bir delil olması nedeniyle kabul etmemiş ve boşanma davasını reddetmiştir. Bu dava Yargıtay’a konu olmuş, Yargıtay ses kaydının gerçekleşmesini hukuka uygun bulmuştur. Yargıtay anılan kararında eşlerin tek tek özel yaşamlarının değil bütün olarak aile yaşamının gizliliği ve dokunulmazlığının önem taşıdığını ifade etmiştir. Yine kararda evliliğin yasal yükümlülükler alanının diğer eş için dokunulmaz olmadığı vurgulanmıştır. Yargıtay karar verirken menfaatlerin tartışılması yoluna gitmemiştir. Eşe karşı

¹²⁵Şahbaz, s. 117; Yenisey, F., “İspat Hukuku ve “Fair Trial İlkesi” İlkesi, Schroeder/Yenisey/Peukert, Ceza Muhakemesinde “Fair Trial” İlkesi, İstanbul Barosu CMUK Uygulama Servisi Yayını, İstanbul 1999, s. 154;

korunan bir kişisel değer Yargıtay tarafından kabul edilmemiştir¹²⁶. Hakim önüne gelen bir olayda aleyhinde gizlice ses ya da görüntü kaydetmek suretiyle hukuka aykırı yoldan elde edilen delil getirilen kişinin kişilik hakkının ihlal edilip edilmediğini de incelemelidir. Kılıçoğlu'na göre yapılması gereken menfaatlerin tartılması temelinde, ses kaydının hukuka uygun olarak elde edilip edilmediğinin tespitinde sadakat yükümlülüğünün ihlaline ilişkin şüphe sebeplerinin belirtilmesi ve yargılamada gerçeğe yakın gösterilmesi koşulunun aranması olup, ölçülülük ilkesi de esas alınarak aynı sonuca gizli ses kaydı dışında ulaşılabilecekse yani hukuka uygun araçla ulaşılabilmek imkanının olup olmadığı incelenmelidir¹²⁷. Kanaatimizce evlenmek özel yaşamın ortadan kaldırılmasını gerektirmez. Ortak yaşam alanı da olsa gizlice sesin kaydedilmesi kişilik hakkının ihlal edildiği sonucunu ortaya çıkarır¹²⁸.

Delil hukuka aykırı yollardan elde edilirken Anayasa'da güvence altına alınmış temel hakların, özel yaşam alanının veya kişilik haklarının ihlal edilmesine neden olmuşsa mahkemede değerlendirilmemelidir¹²⁹. Anayasa m. 38/6 medeni usul hukukunun amacı, maddi hukuk ve usul hukuku arasındaki ilişki ile dürüstlük kuralına dayandırmaktadır. Anayasa m. 38/6 hükmü sadece ceza usul hukuku için geçerli bir kural değildir. Ceza usul hukukunda maddi gerçeğe ulaşma konusunda kamu yararı medeni usul hukukuna nazaran daha ön planda olmasına rağmen, özel hukuk uyuşmazlıklarında hukuka aykırılığın

¹²⁶4. HD., 29.11.2005, E. 2004/14189, K. 2005/12835, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (ET., 10.11.2016).

¹²⁷Kılıçoğlu, s. 318.

¹²⁸Pekcanitez, *Hukuka Aykırı Delil*, s. 367; Şen, s. 129 vd.; Tutumlu, s. 2157-2159.

¹²⁹Pekcanitez, *Hukuka Aykırı Delil*, s. 367.

dikkate alınmaması düşünülemez¹³⁰. Hakim hukuka aykırı delili kullanıldığında hukuka aykırı davranışa katılmış olur ve hiçbir hukuk devleti buna izin vermez. Hukuka aykırılık gerçekleştirildikten sonra tazminat ödemek suretiyle zarar giderilemez ve kalıcı olur. Bu delilin değerlendirilmemesi ile ancak hukuka aykırılığın ortadan kaldırılması sağlanabilir¹³¹.

Kanaatimizce boşanma davasında hakim tarafından menfaatlerin tartılması çerçevesinde yapılması gereken ses kaydının elde edilmesinin hukuka uygun olmaması nedeni ile temel hakkı ihlal edilen kişi yanında, bu delili mahkemeye sunan ve delil güclüğü içinde olan tarafın kişilik hakkınında değerlendirilmesidir; zira aleyhinde hukuka aykırı yoldan delil elde edilen taraf sadakat yükümlülüğüne aykırı davranarak karşı tarafın kişilik hakkına dahil olan bir hakkı ihlal etmiştir. Bu delil vasıtası ile hukuka aykırı yoldan delil elde eden kişi evlilik birliğini sürdürmesinin artık mümkün olmadığını ispat edebilecektir. Diğer taraftan izin alınmaksızın sesi kaydedilen eşin kişilik hakkı ihlal edilmiş bulunmaktadır. Bunun yanında hakimin gerçeği ortaya çıkarma yükümlülüğü, ispat hakkı hukuka aykırı delili getiren kişinin terazide bulunan kefesini ağırlaştırırken, mahkemeye temiz ellerle gelmesi yani dürüstlük kuralı her iki tarafında kefesini etkilemektedir. Hakimin yapması gereken ihlalin yoğunluğunu da dikkate alarak temel hak çatışmasının uyumlaştırılmasında menfaatlerin tartılması yoluyla hukuka aykırı yoldan elde edilen delilin kabul edilip edilmeyeceğine veya delilin hukuka uygun kabul edilip edilmemesi hususunda meşru müdafaa halinin var

¹³⁰Pekcanıtez, *Hukuka Aykırı Delil*, s. 368.

¹³¹Pekcanıtez, *Hukuka Aykırı Delil*, s. 368, 370.

olup olmadığına karar vermektir¹³². Kanaatimizce, ispat hakkının korunması amacıyla kişinin kendi hakkını kendi korumak zorunda olduğu savı karşı tarafa tuzak kurması, gizli kamera tertibatı kurarak sistematik olarak kayıt yapması, dedektif tutması, telefona kaçak program yerleştirmesi yoluyla özel hayata müdahale şeklinde yorumlanmamalıdır¹³³.

Özel hayatın gizliliğinin ihlali çerçevesinde hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delile sebebiyet verip vermediği tartışılan bir diğer durum dedektif tutmak suretiyle ve bu kişinin elde ettiği kayıtlar ya da tanıklığı sonucu elde edilen bilgilere ilişkindir. Özel dedektif tarafından bilgi ve delil sağlamak amacıyla kişilerin izlenmesi ve görüntülerinin kaydı ceza hukuku anlamında Fası 155 özel hayatın gizliliği suçunu gizli yaşam alanına başkaları tarafından görülmesi mümkün olmayan olayların yaşandığı alana girilmesi hakimde gündeme gelmektedir. Türk hukukunda dedektiflerin sistematik şekilde gerçekleştirilmediği sürece yaptığı basit izleme özel hayatın gizliliğini ve kişilik hakkını ihlal etmediği kabul edilmekte ve getirilen delil mahkeme tarafından kabul edilmektedir¹³⁴. İhlalin gündeme geldiği hallerde ise ihlalin yoğunluğu dedektifin konuta ya da işyerine gizlice girmesi halinde farklı, hile ile örneğin tamir amacıyla eve girip gizlice kayıt yapması ya da bilgi toplaması halinde farklı, kamuya açık alanda ihlali gerçekleştirmesi halinde farklı kabul edilmektedir.

¹³²Kılıçoğlu, s. 319.

¹³³Çiftçi Türkel, s. 680.

¹³⁴Kılıçoğlu, s. 371.

E. Haberleşmenin Gizliliği Hakkının İhlali

Haberleşmenin özgürlüğü hakkı Anayasa, uluslararası sözleşmeler ve Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Korunması Yasası çerçevesinde güvence altına alınmış bir hak olup; bu hakkın ihlali aynı zamanda özel hayatın gizliliğinin ihlali sonucunu da doğurmaktadır¹³⁵.

Haberleşmenin gizliliğini ihlale ilişkin hareketler telefon kayıtlarının (mesaj ve konuşmalar) casus program yerleştirmek suretiyle elde edilmesi, bilgisayardaki verilere (belge, bilgi, resim, mesaj, mali kayıtlar) izinsiz olarak erişilmesi (AİHSm. 8; Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Korunması Yasası m. 6) olarak karşımıza çıkmaktadır¹³⁶.

Haberleşmenin özgürlüğü ihlal edilerek delil elde edil edilmesi durumunda iki temel hak çatışmaktadır. Bu haklar hukuka aykırı delil elde eden kişinin ispat hakkı ve aleyhinde hukuka aykırı delil elde edilen kişinin haberleşme özgürlüğü hakkıdır. Bu çatışmanın gündeme gelebilmesi için öncelikle haberleşme özgürlüğünün ihlal edilmesi gerekmektedir. Bu aşamada haberleşme özgürlüğüne hangi hallerde müdahale edilebileceğini ve bu müdahalenin sınırını incelemek gerekmektedir. AİHM delil elde etme amacıyla haberleşme araçlarına yapılan müdahaleyi Sözleşme'nin 8. maddesinin, 2. fıkrasının ihlali olarak görmektedir. Bu hakka yapılan müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için müdahale yasa ile öngörülmüş

¹³⁵Çiftçi Türkel, s. 685.

¹³⁶Ayrıntılı bilgi için bkz. Ateş, s. 97-100; Çiftçi Türkel, s. 685; Pekcanitez, *Hukuka Aykırı Delil*, s. 844-848; Tanrıver, *Hukuka Aykırı Deliller*, s. 373.

olmalı, meşru amaçlardan biri ile yapılmış olmalı ve demokratik toplumda gerekli olmalıdır.

Kuzey Kıbrıs hukukunda yasalara bakıldığında yargılama öncesinde delil elde etme amacıyla haberleşme özgürlüğüne müdahale öngören bir düzenleme yer almamaktadır. Dava açıldıktan sonra dava konusu ile ilgili belgelerin mahkeme emri ile yargılamaya getirilmesi söz konusu olmaktadır¹³⁷. Ancak hakim orantılılık ilkesine uygun olarak belge ibrazına karar vermek zorundadır. Yapılan müdahalenin hukuka uygun olup olmadığı açısından gerçekleştirdiğimiz araştırmada AİHM tarafından verilen haberleşme özgürlüğüne ilişkin kararı incelemek gerekmektedir. Kruslin V France davasında kamu makamları açısından haberleşme hürriyetine müdahale edilebilmesi için açık, tereddütsüz ve ayrıntılı hukuki dayanak bulunması gerektiği vurgulanmış, aksi durumun AİHS m. 8'in ihlaline sebebiyet vereceği ifade edilmiştir. Bu içtihat karşısında özel kişiler tarafından mahkeme kararı bulunmaksızın ve yasal yetkiye dayanmadan haberleşme özgürlüğüne yapılan müdahaleler evleviyetle AİHS m. 8'i ihlal edecektir¹³⁸.

Kuzey Kıbrıs hukukunda Türk hukukunun aksine kaybolma ve bozulma riski taşıyan belgelerin güvence altına alınmasını sağlayan delil tespiti kurumu bulunmamaktadır¹³⁹. Delil tespiti kurumunun bulunmaması

¹³⁷İngiliz hukukunda taraflar yargılamada ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkeme getirmek zorundadırlar, Türk hukukunda belgelerin ibrazı mecburiyeti hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erdönmez, Güray, *Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti*, 2. Bası, İstanbul, 2014, s. 24 vd.

¹³⁸Çiftçi Türkel, s. 689.

¹³⁹Türk hukukunda bu kurum gerçeğe ulaşılmasına ve ispat hakkına hizmet eden bir kurum olarak yer almaktadır. Delil tespiti yoluyla iletişimin denetlenip denetlenemeyeceği konusunda AİHM bu konuda yer alan hükmün herkesin

hukuk aykırı yoldan delil elde etme Girişiminde bulunma ihtimalini artıracaktır.

İzin almaksızın kişiler arasında gerçekleşen konuşmanın yada telefon görüşmesinin kayda alınması veya üçüncü kişinin iki kişi arasında geçen konuşmayı dinlemesi ve daha sonra aktarması sonucu elde edilen delil hukuka aykırı yoldan elde edilen delildir¹⁴⁰. Ancak telefondaki ses yükseltici açılmaksızın olağan yükseklikte olan ses yüksekliğinde konuşma bir üçüncü kişi tarafından duyulmuşsa haberleşmenin gizliliği hakkının ve dolayısıyla kişilik hakkının ihlalden ve hukuka aykırılıktan söz edilemez.

Kuzey Kıbrıs hukukunda hukuka aykırı veya adil olmayan yollardan elde edilen telefon görüşmelerini ve hukuka uygun şekilde dinlenmiş olmasına rağmen izin verilen konu dışında telefon dinlemelerinin yargılamada dikkate alıp almamak hakimnin takdirindedir. Türk hukukunda ise ¹⁴¹ bu şekilde elde edilen delilin yargılamada kullanılması mümkün değildir. Türk Anayasa Mahkemesi haberleşme özgürlüğünü ihlal etmek suretiyle alınan ses kaydının Anayasa Mahkemesi'nde delil olarak kullanılamayacağı hükme bağlanmıştır. Kararda yargıç veya yetkili mercii kararı olmadan haberleşmenin

erişebileceği nitelik ve açıklıkta olması koşulunu aradığından, HMK da delil elde etme amacıyla haberleşmenin tespitine yönelik açık bir hüküm bulunmaması mahkeme kararı ile bu konuda delil tespitinin istenmesi AİHS'ne aykırılık oluşturacaktır (AİHM, Kruslin v. Fransa davası). Delil tespiti kurumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akyol Aslan, Leyla, *Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti*, Ankara, 2011, s. 27 vd.

¹⁴⁰Kılıçoğlu, s. 351; Pekcanitez, *Hukuka Aykırı Delil*, s. 386.

¹⁴¹Türk hukukunda hukuka aykırı surette elde edilen telefon görüşmeleri hiçbir surette delil olarak mahkeme tarafından dikkate alınamayacağı gibi, hukuka uygun şekilde kayda alınan telefon görüşmeleri de izin verilen konu ile sınırlı olarak kabul edilebilir (Pekcanitez, *Hukuka Aykırı Delil*), s. 391.

kaydedilmesi sonucu elde edilen delilin hukuka aykırı olacağı dile getirilmiştir¹⁴². Yine Yargıtay 4. Hukuk Dairesi avukatlık ücret sözleşmesinin hile ile imzalandığına dair davacının evinde alınan gizli ses kaydını hukuka aykırı delil olması ve kişilik haklarını ihlal etmesi nedeniyle kabul etmemiştir¹⁴³. Yargıtay verdiği bu kararla çatışan temel haklardan haberleşme hürriyeti hakkı ve kişilik hakkını, ispat hakkı karşısında tercih etmiştir., Kanaatimizce hukuka aykırı yollardan elde edilen delillere dayanılarak hüküm verilemez ve posta memuru ile anlaşarak ele geçirilmiş ve mahkemeye sunulmuş olan başkalarına yazılmış mektupların veya evli erkeğin ilişki kurduğu ve ileride evlenmek istediği kadına yazdığı mektupların çalınarak mahkemeye sunulması hukuka uygun değildir. Mektup, posta ve telefon görüşmesinin gizliliğinin ihlali neticesinde temin edilen deliller mahkemede kullanılamaz¹⁴⁴.

Karşı tarafın açıkça izin vermesi halinde kaydedilen veya başkası tarafından dinlenen görüşmeler sonucu elde edilen delil hukuka aykırı değildir¹⁴⁵. Mektup, posta ve telefon görüşmesinin gizliliğinin ihlali sonucu ele geçirilen deliller hukuka aykırı yoldan elde edilen deliller olup, kişilik hakkına, haberleşmenin gizliliği hakkının ihlaline sebebiyet verir ve yargılamada kullanılmamalıdır.

¹⁴²Anayasa Mahkemesi Kararı 05.02.2002, 1999/2, E 2001, S. 24631, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (ET., 10.11.2016).

¹⁴³4. HD, 23.06.2010, 2009-8119/7573, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (ET., 10.11.2016).

¹⁴⁴Berkin, s. 734, Pekcanitez, *Hukuka Aykırı Delil*, s. 387.

¹⁴⁵Pekcanitez, *Hukuka Aykırı Delil*, s. 387.

F. Konut Dokunulmazlığının İhlali

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde özel hayatın unsuru olarak güvence altına alınan konut dokunulmazlığı bağımsız bir hak olarak düzenlenmiştir. Bu hak hiç kimsenin konutuna izinsiz girilmemesini, arama yapılamaması ve burada yer alan eşyalara dokunulmamasını teminat altına almaktadır¹⁴⁶. Bu sayede kişilerin huzur ve güven içinde özgürce yaşayabilmeleri sağlanmaya çalışılmıştır¹⁴⁷. Bu çerçevede konut dokunulmazlığı ihlal edilmek suretiyle delil elde edilmesi halinde elde edilen delil hukuka aykırı yoldan elde edilen bir delil olarak adlandırılacaktır.

James v University of Warwick (2003) davasında, davalı sigorta şirketinin soruşturma acentası hile ile davacının evine girmiş ve izinsizce davacı kadının görüntü kaydını çekmiştir. Davalı görüntü kayıtlarını delil olarak kullanmak için mahkemeden izin istemiştir. Delilin elde edilmesinin hukuka aykırı olduğu göz ardı edilerek delil mahkeme tarafından kabul edilmiştir. İstinaf Mahkemesi tarafından alınan kararda şu hususlar vurgulanmıştır. Görüntü kayıtlarının elde edilmiş şekli her ne kadar doğru olmasa ve hukuka aykırı olsa, konut dokunulmazlığını ihlal etmek suretiyle elde edilse ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi altında kişinin haklarına tecavüz etse de karşı tarafı altetmek uğruna yapılan bu hareket haddini aşmamıştır. Delili kabul etmeme istenmeyen, suni bir duruma yol açıp, ispat hakkı açısından sorunlar yaratacaktır. Mahkeme böyle aşırı çarelere başvurulabilecek durumların mümkün olabileceğini kararında belirtmiştir.

¹⁴⁶Çiftçi Türkel, s. 681.

¹⁴⁷Çiftçi Türkel, s. 681; Soyaslan, s. 290. Artuk ve diğerleri, s. 338-339; Özbek ve diğerleri, s. 398, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (ET., 10.11.2016).

Mahkeme kararında şunu vurgulamıştır. Yargıç bir delilin mahkemede kabul edilip edilmeyeceği konusunda karar verirken takdir hakkını kullanacaktır. Bunu yaparken delilin kabul edilmesinin yalnızca önündeki dava üzerindeki tesirini değil, genel olarak bu konuda açılan davaları da etkileyeceğini unutmamalıdır.

Eşlerden birinin aile konutuna kayıt cihazı yerleştirilmesi durumunda konut dokunulmazlığının ihlal edilip edilmediği hususuna değinmek gerekmektedir. Konut dokunulmazlığı ile korunan menfaatler sadece bu yeri kullanma hakkını değil, konuttan huzurlu bir şekilde yararlanma hakkını da temin eden bir hak olarak ifade edilmektedir. Eşlerden herhangi birinin gizli kamera ile kayıt yapması, özel eşyaları sınırsız araması, özel hayatın dokunulmazlığı yanında “konuttan huzurlu bir şekilde yararlanma hakkını” ihlal ettiğinden, konut dokunulmazlığının da ihlaline neden olacaktır¹⁴⁸. Aksinin kabulü Anayasa’ya, Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Korunması Yasası’nın ruhuna, hukuk devleti ilkesine, ‘uncleanhands’ prensibine aykırılık teşkil edecektir.

İngiliz hukukunda açıkça söylenmese de içtihat kararlarının incelenmesi sonucunda yargıçların maddi gerçeğe ulaşma amacı doğrultusunda tercihlerini kullandıkları görülmektedir.

Sonuç olarak medeni yargılama hukukunda konut dokunulmazlığı ihlal edilmek suretiyle hukuka aykırı yoldan elde edilen delilin yargılamada

¹⁴⁸Çiftçi Türkel, s. 682-683. İngiliz hukukunda usuli hakların kötüye kullanılması ve usule aykırı işlemler hakkında bkz. Gündüz, s. 122 vd.

kullanılıp kullanılmayacağı hususunda karar verecek kişi yargıçtır (Şehadet Yasası m. 3, CPR m. 32). Hakim ihlalin yoğunluğunu da göz önüne alarak delilin kabul edilip edilmeyeceğine karar verecektir. Yukarıda bahsi geçen James v University of Warwick davasında hakim tarafların ihlal edilen temel haklarını kefeye koyarak tartmıştır. Davacı tarafından tutulan adamın, kadının evine izinsiz girmek suretiyle görüntü kaydetmesi gibi bir davranış, davada söz konusu hususlar dava konusunun parasal değerinin büyüklüğü ve davalının sigorta şirketini yanıltması gibi haller göz önüne alınmıştır. Davanın önemi vurgulanarak delilin hukuka aykırı olduğu savunmasının reddedilebileceği ifade edilmiştir. Kanaatimizce, hakimin takdir hakkını hukuka aykırı yoldan elde edilen delilin reddi doğrultusunda kullanması daha doğru olacaktır; aksi halde kişiler toplumda yaşayan insanların kendilerini en rahat hissettikleri konutlarına, hakim tarafından kabul edilmesi ümidi ile hukuka aykırı yoldan delil elde etmek amacıyla üçüncü kişiler tarafından girilebileceği korkusu ve huzursuzluğuyla yaşamak zorunda kalacaklar ve toplum düzeni de bozulmaya başlayacaktır.

G. Dürüstlük Kuralının İhlali

Dürüstlük kuralı, medeni yargılama hukukunda önem taşıyan bir kural olup, usul hukukundaki hakların ve usulü yetkilerin kullanımını sınırlar, genel çerçevesini çizer ve keyfiliğin önüne geçilmesini sağlayıcı bir işlev görür¹⁴⁹.

Hukuka aykırı yoldan elde edilen delilin mahkemeye sunulması ve mahkeme tarafından kabul edilmesi bu delili sunan tarafın dürüstlük kuralına

¹⁴⁹Tanrıver, s. 823.

aykırı olarak elde ettiği delilin kabulü anlamına gelecektir. Mahkemeye delil getiren kişinin bu davranışı dürüstlük kuralına aykırı ise bu delil kabul edilmemelidir¹⁵⁰. İngiliz ve Kuzey Kıbrıs hukukunda bu ilke mahkemeye temiz ellerle gelmesi olarak bilinen “unclean hands” ilkesidir. Bu yolla delil genellikle aldatma ile, zorla ya da çalmak suretiyle ele geçirilmektedir. Bir tür hareketler dürüstlük kuralıyla bağdaşmaz. Bu yolla delil elde edilmesi hileli bir davranışla gerçekleşmiştir¹⁵¹.

Unclean hands ilkesi kimsenin kendi yarattığı hukuka aykırı durumdan kendi lehine sonuçlar çıkaramaması olarak ifade edilebilir ve bu prensip hukuka aykırı yoldan elde edilen delilin yargılamada kullanılmayacağı sonucuna ulaşmamızı sağlar. Aksi halde davayı hukuka aykırı yolla elde ettiği delil sayesinde kazanmış olan taraf, hukuk kurallarının yasakladığı bir fiilden fayda sağlamış olacaktır¹⁵².

II. Medeni Usul Hukukunda Aykırı Yoldan Elde Edilen Delillerin Kabul Edilmemesi Halinde Gündeme Gelen Sorunlar

A. Gerçeğe Ulaşma Amacından Uzaklaşılması

Her ne kadar hukuka aykırı yoldan elde edilmiş olsa da bir delilin eksikliği, iddia edilen dava konusu vakıaların doğruluğunun tespitini

¹⁵⁰Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 407.

¹⁵¹Aktepe Artık, s. 362.

¹⁵²Kılıçoğlu, s. 143.Bu fikre karşı getirilen başlıca eleştiri maddi hukuk ve usul hukukunun ayrılığını esas almıştır. Hukuka aykırılığın tazminat ödenmek suretiyle giderilebileceği ifade edilmiştir (Kılıçoğlu, s. 144).

güçleştirebilir veya tamamen ortadan kaldırıp yanlış, gerçeğe uygun olmayan bir karar verilmesini sağlayabilir¹⁵³. Günümüzde yargılamanın yegane amacının gerçeği araştırmak olmadığı kabul edilmektedir¹⁵⁴. Yargılamanın amacı subjektif hakların temini, hukuk düzeninin korunması ve hukuk barışının sağlanmasıdır. Bu çerçevede yargılama mahkemeye getirilen vakıya hukuk normunun uygulanması suretiyle gerçekleştirildiğinden, bireyin haklarını temin eden adil kararda hakimin gerçek hayat olayını açıklığa kavuşturması yoluyla elde edilebilir¹⁵⁵. Medeni yargılamada hakim resen araştırma yapamayacağından gerçeğe ancak tarafların getirdiği vakıalarla ve delillerle ulaşılabilecektir. Mahkemenin görevi insan haklarına saygılı olarak gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlamaktır¹⁵⁶. Aksini kabul bizi cebir ile elde edilen delilin bile gerçeğe ulaşma pahasına kabulü sonucuna götürür, böyle bir durum ise hiç bir hukuk devletinde kabul edilemez. Anayasa m. 38 uyarınca kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, bir davada delil olarak kullanılamaz. Anayasa m. 38/6 hukuk devleti ilkesi de hukuka uygun olmayan yollarla elde edilen delillerin mahkemede dikkate alınamayacağını ortaya koyar. Yine Anayasa m. 138/1 uyarınca hakimler Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vermek zorundadırlar. Bunun için vakıaların ispatında kullanılacak olan delillerin hukukun izin verdiği yollardan elde edilmiş olması gerekmektedir¹⁵⁷.

¹⁵³Kaymaz, s. 16; Kılıçoğlu, s. 103, Şahbaz, s. 104.

¹⁵⁴Üstündağ, s. 3 vd.; Tanrıver, s. 822; Taşpınar, Amaç, s. 766vd., Karş. Alangoya, İlkeler, s. 86 vd.; Tercan, Erdal, "Medeni Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü", SÜHFD, S, 1-2, s. 181-183.

¹⁵⁵Kılıçoğlu, s. 105.

¹⁵⁶Kaymaz, s. 16; Şahbaz, s. 104.

¹⁵⁷Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 406; Tanrıver, s. 821.

Medeni usul hukukunun amacı maddi gerçeğe ulaşmak olsa da, her ne pahasına olursa olsun, hukuk devleti ilkesini çiğneyerek bunu yapması doğru değildir¹⁵⁸. Hukuk devleti olan bir devlet hukuka aykırı delili kabul etmek suretiyle hukuka aykırılığa sessiz kalarak, zımnen bu aykırılığı maddi gerçeklik uğruna kabul etmek ve görmezden gelmek suretiyle hukuk devleti vasfına zeval vermemelidir. Aksi halde insan haklarına saygı ve hukuk güvenliği ilkelerinin bir anlamı kalmaz¹⁵⁹ ve pek çok kişisel ve toplumsal değer tahrip edilir¹⁶⁰.

Medeni yargılamada gerçeğe ulaşma amacının diğer hukuk prensipleri karşısında bir önceliği bulunmamaktadır¹⁶¹. Dolayısıyla gerçeğe ulaşma amacı yargılamada sınırsız bir amaç olmayıp, gerçeğin bulunmasındaki menfaatin ağır basması halinde hukuka aykırı yoldan elde edilen delil kabul edilmelidir¹⁶².

¹⁵⁸Akyürek, s. 62; Kaymaz, s. 16, Pekcanıtez, *Hukuka Aykırı Delil*, s. 344, Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 406; Soyaslan, s. 15,26, Şahbaz, s. 104, Şentürk, s. 148-149; Yurtcan, Erdener, “*Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Delile Dayanma Yasağı*”, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul, 1988, s. 519.

¹⁵⁹Akyürek, s. 63; Kunter, Nurullah/ Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, *Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 18. Bası, İstanbul, 2010, s. 1327; Tanrıver, s. 822; Ünver/Hakeri, s. 634.

¹⁶⁰Tanrıver, s. 822.

¹⁶¹Kılıçoğlu, s. 106. Ceza yargılamasında da her ne pahasına olursa olsun gerçeğe ulaşılmasının yargılamanın amacı olmadığı, hukuk devleti ilkesini zedeleyeceği kabul edilmiştir (Centel/Zafer, s. 653; Çınar, s. 32, Kaymaz, s. 16, Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 406; Şahbaz, s. 104).Alpaslan, Mustafa/Şentürk, Akın Gencer, “*Hukuka Aykırı Delille Vergi: Kanuna Aykırı Olarak Elde Edilmiş Bulgular Delil Olarak Kabul Edilemez. Bu Deliller Vergi Tarhiyatında Veri Olarak Kullanılamaz*”, Vergi Sorunları Dergisi, İstanbul, 2009.

vergi yargılamasında hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin kullanılmasının hukuk devleti ilkesini zedeleyeceği ve kabul görmemesi gerektiğini ifade etmiştir (s. 148 vd.)

¹⁶²Kılıçoğlu, s. 108.

İngiliz içtihatlarına bakıldığında hakimın takdir yetkisini gerçeğe ulaşma yönünde kullandığı görülmektedir¹⁶³.

B. İspat Hakkının İhlali

Hukuka aykırı yoldan elde edilen delil dışında elinde iddia ettiği vakıayı ispatlamaya yarayacak herhangi bir delil bulunmayan kişiler açısından hukuka aykırı delilin reddi büyük önem taşımaktadır; zira bu kişiler iddialarını ispatlayamamaları nedeniyle davayı kaybetme riskiyle karşılaşacaklardır. Dolayısıyla sorun bu delilin kabul edilmemesi halinde delili ileri süren kişinin ispat hakkının ihlal edilip edilmediği hususudur.

Delil yasakları ispat hakkına yapılan, onu sınırlayan bir müdahale olmayıp, hakkın etkin ve meşru biçimde kullanılmasına hizmet eden ve onu

¹⁶³Türk hukukunda Yargıtay 4. Hukuk Dairesi davahların delil elde etme amacı ile gizlice ses ve görüntü kaydetmesini davacının şeref ve haysiyetine tecavüz etme amacı taşınmış olmasa da kişilik hakkına saldırı niteliği taşıdığını kararında belirtmiş ve davacı Leh'ine manevi tazminata karar vermiştir. Kararda bu tür Delillerin hukuka aykırı delil niteliği taşıdığı ve mahkemede kullanılamayacağı Yargıtay tarafından vurgulanmıştır (4. HD, 26/10/2007, 13723, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (ET., 10.11.2016). Bir başka kararda eşin evde bulduğu diğer eşe ait günlüğü, boşanma davasında delil olarak sunması halinde bu delilin hukuka aykırı olmadığı ve davada kullanılabileceği hususunda karar vermiştir. Yargıtay özel hayatın gizli alanlarının özel hayatın gizli alanını ilgilendiren delillerle ancak ispat edilebileceğini dile getirmiş ve kadın başka bir erkekle müşterek hanedeki yatak odasında beraberken koca tarafından kapı kırılarak içeri girilmesinde nasıl hukuka aykırılık yoksa, ortak yaşama alanı olan evde yer alan not defterinin elde edilmesinde de hukuka aykırılığın bulunduğu söylenemeyeceğini kararında belirtmiştir. Yine kararda eşlerin evlilik süresince sadakat yükümlülüğüne uygun davranmalarının bir yükümlülük olduğu, özel yaşamın evlilik ile biraraya gelinen kocayı da en az kadın olarak ilgilendirdiği vurgulanmış ve tüm bu nedenlerle evde bulunan not defterinin delil olarak değerlendirilmesinin hukuka aykırı olmadığı yönünde karar verilmiştir (HGK, 25.9.2002, 2-617/648, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (ET., 10.11.2016).

güvence altına alan araçlardan biridir¹⁶⁴. Anayasa m. 136'ya göre, hakimlerin hukuka uygun olarak hüküm vermeleri gerekmektedir. Bunun için de vakıaların ispatında kullanılacak delillerin hukuka uygun yollardan elde edilmiş olması gerekmektedir. Hukuka aykırı yoldan elde edilen delillere anayasa kuralı çerçevesinde ispat gücü tanınmayacaktır; zira Anayasa'nın 17. maddesi hak arama özgürlüğünün ancak meşru vasıtalarla yararlanmak suretiyle kullanılabileceğine dair hüküm de savımızı desteklemektedir. İspat hakkı delillerin getirilmesi suretiyle kullanılabilecek hak olup, bu hak anayasa hükmü çerçevesinde meşru vasıtalarla kullanılabilecektir. Meşru vasıtayla aslında anlatılmak istenen hukuka uygun yollardan elde edilmiş olmasıdır.

Hukuk devleti ilkesi de ispat hakkının hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerle kullanılmasına izin vermez; zira hukuk devleti eylem ve işlemlerinde hukuk kurallarına bağlı olan ve temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmış olduğu devlettir. Hukuka aykırı yoldan delil elde edilirken bir ya da birden çok temel hak ihlal edilmektedir. Bu yolla elde edilen delilin kabul edilmesi halinde devletin yargı erki bireysel ihlallere alet edilmiş olacaktır¹⁶⁵.

C. Adil Yargılanma Hakkının İhlali

Taraflardan birinin iddiasını ispat etmek için getirdiği delillerin kabulü karşısında, diğer tarafın karşı ispat faaliyetini yerine getirmek için sunduğu delillerin reddedilmesi silahların eşitliği ilkesinin yani hakkaniyete

¹⁶⁴Tanrıver, s. 820.

¹⁶⁵Akyürek, s. 63; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1327; Ünver/Hakeri, s. 634; Tanrıver, s. 822.

uygun yargılanma hakkının ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğuracaktır¹⁶⁶. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi delillerin kabulü veya reddi konusunda takdir hakkının ulusal mahkemelerin takdirinde olduğunu belirtse de bu yetkinin silahların eşitliği ilkesine uyulmak suretiyle kullanılması gerektiğini de kararında ifade etmiştir¹⁶⁷. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre mahkemeye sunulan delil hukuka aykırı yoldan elde edilen bir delil ise bu delilin reddi halinde iddiasını bu delile dayandırmış kişi ispat güçlüğü içerisinde düşecekse bu delil mahkemece incelenmeli ve değerlendirilmelidir. Silahların eşitliği ilkesi bu konuda zorlayıcı bir etkiye sahip olacaktır¹⁶⁸, zira aleyhinde hukuka aykırı delil getiren kişinin doğruluk ödevine aykırı davranışı sonucu ispat yükünü taşıyan kişi aleyhinde ortaya çıkan eşitsizlik bu sayede giderilebilecektir¹⁶⁹. Kanaatimizce hukuka aykırı yoldan elde edilen delil somut olayın açıklığa kavuşturulmasında tek delil olsa bile ispat gücü tanınmamalıdır¹⁷⁰. Hakimin görevi hukuki sınırlar içerisinde gerçeğe ulaşmaktır. Hukuk devletinde yargı hukuka aykırılığa alet edilemez. Hukuka aykırı yoldan elde edilen delilin kabul edilmemesi değil, aksine kabul edilmesi silahların eşitliği olarak bilinen adil yargılanma hakkının hakkaniyete uygun yargılanma unsurunun ihlaline yol açacaktır. Yargılamada aleyhine hukuka aykırı delilin getirileceğini öngörmeyen kişi ile bu delili getiren kişi arasında yargılamada eşitsizlik oluşacaktır. Bir örnekle durumu açıklayacak olursak;iki kişi arasındaki güven ilişkisi çerçevesinde sözlü olarak bir borç ilişkisi kurulmuş, A, B'den borç para almış olsun. Borcun

¹⁶⁶İnceoğlu, *Adil Yargılanma*, s. 221.

¹⁶⁷Gözübüyük/Gölcüklü davası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (ET., 10.11.2016).

¹⁶⁸Kılıçoğlu, s. 122.

¹⁶⁹Kılıçoğlu, s. 122.

¹⁷⁰Tanrıver, s. 822 vd.

vadesi gelince B borcu ödemiş, yazılı sözleşme bulunmamasına güvenerek borcu ödediğine dair herhangi bir makbuz ya da belge almamıştır. A borç ilişkisinin kurulması esnasında gizlice B'nin ses kaydını almıştır. B hukuka aykırı yoldan elde edilen böyle bir delilin varlığından haberdar olmadığı için borcunu ödediğine ilişkin hukuka aykırı ya da uygun bir delil elde etme çabasına girmemiştir. Bu örnekte A'nın B'ye karşı dava açtığını farzedelim. Mahkemede bu ses kaydına dayanan A, aslında borcun ödenmesine rağmen ve gerçeğe ulaşma amacına da uygun olmayan şekilde davayı kazanacak, eşit koşullarda mahkemede savunma hakkına sahip olamayan B'de ödediği parayı karşı ispat faaliyetini yerine getirmediği için tekrar ödemek zorunda kalacaktır. İşte bu örnekte hukuka aykırı yoldan elde edilen delilin yargılamada kabul edilmesi davada gerçeği ulaşma amacından uzaklaşılmasına, adil yargılanma hakkının, dürüstlük kuralının ve hukuk devleti ilkesinin ihlaline sebebiyet vermiş olacaktır.

§4. Hukuka Aykırı Yoldan Edilen Deliller Hakkında Mahkeme Tarafından Verilecek Karar

Mahkeme tarafından davada sunulan bir delilin hukuka aykırı olduğu tespit edildiğinde, bu delilin davada kullanılmasının bir temel hakkı ihlal edip etmediği tespit edilmelidir. Bu aşamada hukukumuzda hukuka aykırı yoldan elde edilen delilin kullanılmasını yasaklayan bir kural bulunmadığından anayasa hukukunun ve maddi temel hakların yargılama hukukuna etkisi ve delili getiren ile hukuka aykırı delil aleyhine getirilen tarafın ihlali gündeme gelen temel haklarının çatışması problemi ortaya çıkacaktır. Hakim bu temel

haklardan birinin korunmasını diğerine tercih ederek bir karar vermek zorunda kalacaktır¹⁷¹.

Temel haklar arasında herhangi bir hiyerarşi olmadığından ve bir Anayasa normunun diğerine aykırılığı da söz konusu olamayacağından hangi temel hakkın tercih edileceği konusunda Anayasa normlarını aralarında çelişki yaratmayacak şekilde yorumlamak gerekmektedir. Temel haklar arasında bir çatışma çıktığında çatışan temel haklardan her birine “optimal normatif etki” sağlayacak çözüm bulmak gerekmektedir. Bunun sonucunda, çatışan haklardan her biri sınırlamaya tabi olacaktır¹⁷². Bu sınırlama “Anayasa’nın bütünlüğü” ve “pratik uyum” Anayasa yorumu ilkeleri sonucunda ortaya çıkmaktadır¹⁷³.

Yargıç menfaat arasındaki dengeyi gerçekleştirirken genel olarak gerçeğin bulunmasındaki menfaat karşısında hukuka aykırı yoldan elde edilen delilin incelenmesi ve hükme esas alınmasında aleyhine hukuka aykırı yoldan delil getirilen kişinin tehlikeye giren temel haklarını esas almalıdır¹⁷⁴. Yargıç hukuka aykırı yoldan elde edilen delilin yargılamada kullanılması durumunda ortaya çıkabilecek ihlali ve yoğunluğu da dikkate almalıdır. İhlalin yoğunluğu her somut olayda farklılık gösterecektir. Örneğin bir işçinin soyunma odasında gizlice ses kaydının alınmasıyla, işçilerin ortak dinlenme alanında ses kaydının alınması durumunda ortaya açılacak ihlalin yoğunluğu aynı olmayacaktır. Keza aile konutunda yatak odasında yer alan günlüğün koca

¹⁷¹Kılıçoğlu, s. 197.

¹⁷²Sağlam, Fazıl, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara, 1982, s. 199.

¹⁷³Sağlam, s. 136,137.

¹⁷⁴Kılıçoğlu, s. 219, Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 406; Soyaslan, s. 23,25; Ulukapı, s. 326.

tarafından okunup mahkemede delil olarak kullanılmak istenmesi ile, koca tarafından kadının kilitli çekmecesinin kırılıp bu delilin kullanılmak istenmesi halinde ihlalin yoğunluğu farklılık gösterecektir. Yargıç bu nedenlerle her somut olayda ihlalin yoğunluğunu esas alarak gerçeğe ulaşma konusunda varolan menfaat ile delilin kullanılması durumunda gerçekleşecek olan ihlalin yoğunluğunu arasında amaçla uygunluk hususunu esas alarak karar vermelidir¹⁷⁵. Hakim tarafından menfaatlerin incelenip tartışılması yoluyla çözüme gidilmesi adil yargılanma ve silahların eşitliği ilkesi uyarınca en doğru çözümdür¹⁷⁶.

Sonuç

Medeni usul hukukunda hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin yargılamada yer alıp almayacağı konusu büyük önem taşımaktadır. Hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin kabul edilebilirliği hususunun en önemli noktası ispat hakkıdır. Bu hakkın temini adil yargılanma hakkının unsuru olan hukuki dinlenilme hakkının gereği olarak zorunluluk taşımaktadır. Kişilerin kendi haklarını zorla almalarının devlet tarafından yasaklanması nedeniyle hakkın teminini sağlayacak yer olan mahkemeye, iddia ve savunmalarını hukuka uygun olmak koşuluyla getirebilmeleri ve bu sayede kişilere iddialarının doğruluğunu ispatlama imkanı tanınması zorunluluk taşımaktadır.

Kişiler ispat güclüğü içerisine düştüklerinde davayı kaybetme riskini göze almamak için hukuka aykırı yoldan delil elde etme Girişiminde

¹⁷⁵Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 406.

¹⁷⁶Kılıçoğlu, s. 214; Yıldırım, s. 246.

bulunmaktadırlar. Hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin mahkeme tarafından kabullenilmesi halinde birtakım sorunlar ve bu çerçevede temel hak ihlalleri gündeme gelmekte; bu yolla elde edilen delillerin kabul edilmesi halinde yine sorunlar ve temel hak ihlalleri ortaya çıkmaktadır. Hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin kabul edilmesi halinde hukuk düzeni birliğinin bozulması, adil yargılanma hakkının ihlali, kişilik hakkının ihlali, özel hayatın gizliliğinin ihlali, haberleşmenin gizliliğinin ihlali, konut dokunulmazlığının ihlali ve dürüstlük kuralının ihlali sorunları ortaya çıkmaktadır. Hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin kabul edilmemesi halinde ise gerçeğe ulaşma amacından uzaklaşılması, ispat hakkının ihlali ve adil yargılanma hakkının ihlali sorunu belirmektedir. Yani bu temel haklar birbiriyle çatışmaktadır. Yargıç, bu temel haklardan birinin korunmasını diğerine tercih ederek karar vermek zorundadır.

Kuzey Kıbrıs hukukunda yargıçlara her ne kadar geniş takdir yetkisi verilse, onları bağlayan hüküm hukuka uygun olarak karar vermeleri gereğini düzenleyen Anayasa hükmüdür. Bu nedenle mahkemeye hakaret olarak da nitelendirilebilecek, dürüstlük kuralının ifadesi olarak belirtilen kirli ellerle mahkemeye gelinmesine yargıçlar izin vermemelidir. Hukuka aykırılığa sessiz kalarak ve hukuka aykırı delil gösteren kişinin iddiasını ispatlamış sayılması sonucu, lehte hüküm elde etmesi sağlanarak, hukuka aykırı davranan kişiler ödüllendirilmemelidir. Aksi halde her an takip edildiğini, ses kaydının alındığı, fotoğraflarının çekildiği ve bu kayıtların aleyhine delil olarak kullanılabileceği endişesine düşen kişiler toplumda rahat ve huzurlu bir biçimde yaşayamayacak, kamu huzuru olarak nitelendirilen kamu düzeni de bozulacaktır.

Kaynakça:

Aktepe Artık,Sezin, Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara, 2014.

Akyol Aslan, Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti, Ankara, 2011.

Akyürek, Güçlü, “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 101, 2012.

Alangoya,Yavuz, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler, İstanbul, 1979.

Alpaslan, Mustafa/Şentürk, Akın Gencer, “Hukuka Aykırı Delille Vergi: Kanuna Aykırı Olarak Elde Edilmiş Bulgular Delil Olarak Kabul Edilemez. Bu Deliller Vergi Tarhiyatında Veri Olarak Kullanılamaz”, Vergi Sorunları Dergisi, İstanbul, 2009.

Arpacı, Abdülkadir, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2000.

Arslan, Ramazan, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara, 1989.

Ateş, Mustafa, “Hukuk Yargılamasında ve Özellikle Boşanma Davalarında Hukuka Aykırı Deliller”, Terazi Hukuk Dergisi, S. 18; 2008/Şubat.

Belgesay, Mustafa Reşit, Hukuk ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller, İstanbul, 1940.

Berkin, Necmettin M., Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, Ankara, 1982.

Burrows, Andrew, English Private Law, United Kingdom, Oxford, 2013.

Cooke, John, Law of Tort, 9. Baskı, Londra, 2009.

Centel, Nur/ Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Bası, İstanbul, 2008.

Çalkın, Fahri, “ Hukuk Davalarında İspat Hakkının Kullanılmasının Şartları”, ABD, S.62, 1949.

Çiftçi Türkel, Pınar, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırları, İzmir, 2016 (Yayımlanmamış Doktora Tezi).

Demircioğlu, Yaşar, Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri, Ankara, 2007.

Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan, Türk Özel Hukuku, Cilt II, 13. Bası, İstanbul, 2013.

Elliot, Catherine/Quinn, Frances, Tort Law, 9.Baskı, Londra, 2013.

Erdönmez, Güray, Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti, 2. Bası, İstanbul, 2014.

Finch, Emily/Fafinski, Stefan, Tort Law, 5.Baskı, Londra, 2015.

Görgün, L. Şanal/Kodakoğlu, Mehmet, Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2012.

Glover, Richard, Murphy on Evidence, 14. Bası, United Kingdom, Oxford, 2013.

Gündüz, Okan, Anglo-Sakson-Amerikan Hukuku Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Dava Yönetimi, Ankara, 2009.

Greene, Brendan: Course Notes: Tort Law, Londra, 2012.

Harpwood, Vivienne, Principles of Tort Law, 4. Baskı, Londra, 2000.

Helvacı, Serap, Gerçek Kişiler, İstanbul, 2006.

İnceoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul, 2005.

Karslı, Abdürrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 4. Bası, İstanbul, 2014.

Kılıçoğlu, Evren, Medeni Yargılamada Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Delillerin Kullanılması (Yayımlanmamış doktora tezi), İstanbul, 2011.

Kılıçoğlu, Ahmet, Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk, Ankara, 2008 (Sorumluluk).

Kunter, Nurullah/ Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Bası, İstanbul, 2010.

Kuru, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul, 2016.

O'hare, John/ Browne, Kevin, CivilLitigation, 16. Bası, Londra, 2013.

Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara, 2003.

Öztan, Bilge, Şahsın Hukuku, 7. Bası, Ankara, 1997.

Pekcanıtez, Hakan, “Medeni Yargıda Adil Yargılama, İzBD., 1997/2 (Adil Yargılama).

Pekcanıtez, Hakan, “Hukuki Dinlenilme Hakkı”, Seyfullah Edis’e Armağan, İzmir, 2000, (Hukuki Dinlenilme Hakkı).

Pekcanıtez, Hakan, “Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi”, Makaleler, Cilt II, 1. Bası, İstanbul, 2016 (Hukuka Aykırı Delil).

Pekcanıtez/Atalay/Özekes, Medeni Usul Hukuku, 4. Bası, Ankara, 2016.

Quinn, Frances, Tort Law, Londra, 2012.

Sağlam, Fazıl, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara, 1982.

Sevimli, Ahmet, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul, 2006.

Soyaslan, Doğan, “Hukuka Aykırı Deliller”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt VI, Sayı 3-4, 2003.

Soysal, Tamer, “Elektronik Posta Yoluyla Kişilik Haklarına Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 65, Sayı 1, 2007.

Stuhmcke, Anita, Essential Tort Law, 2.Baskı, Londra, 2001.

Şahbaz, İbrahim, “Karşılaştırmalı Hukukta ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hukuka Aykırı Deliller”, Ankara Barosu Dergisi, S. 1, Ankara, 2006

Şen, Ersan, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller, İstanbul, 1998.

Tanrıver, Süha, Medeni Usul Hukuku, Cilt I, Ankara, 2016.

Tercan, Erdal, “Medeni Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. M. Şakir Berki’ye Armağan), Cilt 5, S. 1-2.

Ulukapı, Ömer, Medeni Usul Hukuku, 2. Bası, Konya, 2014.

Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder, İspat Yüğü, 2. Bası, İstanbul, 1980.

Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Bası, Ankara, 2011.

Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, 6. Bası, İstanbul, 1997.

Verkerk, R., England and Wales, European Traditions, Oxford, 2005.

Wild, Charles/Weinstein, Stuart, English Law, 17. Bası, United Kingdom, 2013.

Yenisey, Feridun, “İspat Hukuku ve “Fair Trial İlkesi” İlkesi, Schroeder/Yenisey/Peukert, Ceza Muhakemesinde “Fair Trial” İlkesi, İstanbul Barosu CMUK Uygulama Servisi Yayını, İstanbul 1999.

Yıldırım, M. Kamil, Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul, 1990, (Delillerin Değerlendirilmesi).

Yurtcan, Erdener, “Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Delile Dayanma Yasağı”, Prof, Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul, 1988.

Zevkliler, Aydın, Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler, Ankara, 1981.

Zuckerman, Adrian, Zuckerman on Civil Procedure Principles of Practice, 3. Bası, Londra, 201.

Medeni Usul Hukukunda Genel Olarak İspat Ve İlk Görünüş İspatı

Ar. Gör. Ayten Ordu*

İnceleme Planı: Giriş, §1. İspat, I. Genel Olarak İspat, II. İspatın Gerekmediği Hâller, §2. İlk Görünüş İspatı, I. Doğrudan ve Dolaylı İspat, II. İlk Görünüş İspatı, III. İlk Görünüş İspatının Fiili Karinelere Benzerliği, Sonuç, Kaynakça.

Özet: Çalışmamızın konusu, Medeni Usul Hukukunda genel olarak ispat ve ilk görünüş ispatını değerlendirmektir. Bu çerçevede; ispat, ispatın gerekmediği haller, doğrudan/dolaylı ispat ve ilk görünüş ispatı incelenmiştir. İngiliz hukukunda ilk görünüş ispatına benzer olarak, res ipsa loquitur prensibi uygulanmaktadır. Bu prensip, “olay kendiliğinden konuşur” anlamında kullanılmaktadır. Prensip uygulandığında, ispat yükümlülüğü yerine getirilmiş olarak sayılmaktadır. Son olarak, ilk görünüş ispatının fiili karinelere benzerliği de ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Medeni Usul Hukuku, İspat, İlk Görünüş İspatı, Doğrudan İspat, Dolaylı İspat, Fiili Karineler.

* Yakın Doğu Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi

Abstract: The aim of this article is to examine the issue of the right to prove, taking into consideration the right to prove in general, the circumstances in which the right to prove is not required, the direct/indirect right to prove and the English Law principle of *res ipsa loquitor*. This principle essentially means “the thing speaks for itself”. In other words, there is no requirement to prove the issue in question when relying upon this principle. The article concludes by evaluating the similarities of the *res ipsa loquitor* principle with the presumption of fact.

Keywords: Civil Procedure Law, Right to Prove, *Res ipsa loquitor*, Direct Proof, Indirect Proof, Presumption of Fact.

Giriş

İlk görünüş ispatında hâkim, hayat tecrübesi kurallarına uygun olarak bir olaydaki vakıayı *ispat edilmiş* olarak kabul eder. Bir vakıanın aksinin de muhtemel olduğu ileri sürülmedikçe, ilk görünüş ispatı, vakıanın ilk görüldüğü şeklinin kabulünü esas alır. İlk görünüş ispatı, fiili karinelere benzer özellikler taşımaktadır. Her ikisinde de, hâkim karar verirken *hayatın olağan akışını* ve tecrübe kurallarını göz önünde bulundurarak karar vermektedir. Fiili karinelere benzer olarak, ilk görünüş ispatında hukuk kurallarına dayanılmaz, her ikisinde tek bir vakıadan hareketle, belirsiz bir vakıa ispat edilmiş sayılacaktır.

Emare ispatına benzer şekilde, ilk görünüş ispatı dolaylı bir ispat türü olup, tam ispatın mümkün olmadığı hâllerde uygulanmaktadır. Ancak çalışmamızda da görüleceği gibi temel fark; emare ispatında birden fazla vakıa

biraraya gelir ve hâkim hayat tecrübesi kuralları gereğince karar verir. İlk görünüş ispatında ise; birden fazla vakıanın mevcut olması gerekmemektedir, ancak hâkim yine hayat tecrübesi kuralları gereğince karar vermektedir.

Sonuç olarak ispat güclüğü bulunan hâllerde; fiili karineler, ilk görünüş ispatı ve emare ispatı gibi uygulamalar sayesinde ispatsızlığın riskini taşıyan tarafa *kolaylık* sağlanmakta olduğu kanaatine varmak mümkündür.

§1. İSPAT

I. GENEL OLARAK İSPAT

İlk görünüş ispatını incelemekten önce, genel olarak ‘ispat’ kavramını incelemekte fayda vardır. Medenî Usûl Hukukunda ispat; “*bir iddianın doğru ve gerçek olup olmadığı konusunda hâkimi inandırma faaliyeti*”¹ olarak yer verilmektedir. Bu doğrultuda, dava konusu hakkın ve buna karşı yapılan savunmanın dayandığı vakıaların doğru olup olmadıkları hakkında yapılan işleme *ispat* denir.² Taraflar, davada iddia ve savunmalarında dayandıkları

¹Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özkes, Muhammet: *Medenî Usûl Hukuku*, 14. Bası, Ankara, 2013, s.643 (Medeni Usûl Hukuku). Karşı, Abdurrahim: *Medeni Muhakeme Hukuku*, 4.Bası, İstanbul, 2014, s.479. Umar ve Yılmaz’a göre; “*İspat, bir olayın veya bir hukuksal durumun varlığı veya yokluğu hakkında yargıta kanaat uyandırmak için girilen inandırma eylemidir*” Bknz: Umar, Bilge/ Yılmaz, Ejder: *İspat Yüğü*, 2.Bası, İstanbul, 1980, s.2.

²Kuru, Baki: *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku*, Ankara 2016, s.318 (İstinaf Sistemi); Kuru, Baki: *Hukuk Muhakemeleri Usulü* (II.Cilt), 6.Bası, İstanbul 2001, s.1966 (Hukuk Muhakemeleri).

vakıaları ispat edemezlerse, hâkimin vereceği karar, iddiasını (veya savunmasını) ispat edemeyen tarafın aleyhinde olur.³

Bir görüş; ispat terimini delil ikame faaliyeti ve ispat faaliyetinin bir sonucu olarak görmektedir.⁴ Davadaki taraflar, dayandıkları vakıaların doğruluğunu göstermek için delil sunar, hâkim ise delilleri değerlendirdikten sonra kanaate ulaşır. İşte bu kanaat, ispat faaliyetinin bir sonucu olarak görülmektedir. Bu durumda Türk Hukukundaki tanıma göre, ispatın, iddia edilen vakıaların doğruluğu ve gerçekleştiği konusunda hâkimi *inandırma* veya *ikna etme*⁵ faaliyeti olduğunu söyleyebiliriz.

Türk Medeni Kanunu’nun (TMK) 6. maddesi gereğince, iddiada bulunan taraf, iddiasının varlığını ispat etmekle yükümlüdür.⁶ Hukuk

³“Bir taraf, ancak dayandığı vakıaların doğru olduğunu veya karşı tarafın dayandığı vakıaların doğru olmadığını ispat ederek, davayı kazanır veya davanın reddini sağlayabilir” Örneğin, bir davacı taraf, davasının dayandığı vakıaları ispat edemezse veya ispat edip karşı taraf aksini ispat ederse, her ne kadar haklı da olsa, davayı kaybeder. Bknz: Bknz:Kuru, Baki: (İstinaf Sistemi), s.318; Kuru, Baki: (Hukuk Muhakemeleri), s.1966. İngiliz hukukunda da benzer düzenlemeler bulunmaktadır. “If the party fails to discharge the burden, the court must decide against him” (İspat yükünü yerine getiremeyen tarafın aleyhinde karar verilir)- Bknz: Zuckerman, Adrian: Zuckerman on Civil Procedure Principles of Practice, 3. Bası, London, 2013, s.1016.

⁴Atalay, Oğuz: *Delil Kavramı Üzerine*, Halûk Konuralp Anısına Armağan I (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi) Ankara 2009, ss129-130 (Delil Kavramı).

⁵Toraman, Barış: “Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler” Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan II (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi) C.16, Özel Sayı 2014, s.1483-1523 (Basım Yılı 2015), s.1487. Kuru, Arslan ve Yılmaz’a göre; “Hâkim, tarafların ispat hakkı çerçevesinde ibraz ettikleri (toplanan) bütün delilleri kararında tartışır, değerlendirir ve bundan çıkan sonucu kararında yazar” Bknz: Kuru/Baki, Arslan, Ramazan, Yılmaz, Ejder: *Medenî Usul Hukuku (Ders Kitabı)*, 25.Bası, Ankara 2014, s.353.

⁶“Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.” Bknz: Türk Medeni Kanunu

Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 190. maddenin 1. fıkrasında ise; “*ispat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir*”⁷ hükmüne yer verilmiştir. İngiliz Hukukunda da benzer düzenlemeler bulunmaktadır. Genel kural, bir vakıayı iddia eden taraf, vakiasını ispat etmekle yükümlü olacaktır.⁸ Ancak bu kural, Türk Hukukunda da olduğu gibi ‘*çekişmeli vakıalar*’⁹ için geçerlidir (çekişmeli vakıalar hakkında daha sonra bahsedilecektir).

İspat yükümlülüğüne gelince, bir görüş; “*ispat yükü, ispatsızlığın riskinden oluşmaktadır.*”¹⁰ Bir diğer görüş ise; ispat yükününün “*belli bir somut vakıanın gerçekleşip gerçekleşmediğinin anlaşılamaması, yani belirsizlik halinde hâkimin aleyhte bir kararı ile karşılaşma tehlikesi*”¹¹ olduğunu belirtmektedir. Kısacası, ispat edilmesi gereken bir vakıayı ispatlayamayan tarafın aleyhinde karar verilir (ispatsızlığın riski) ve bu karar ile karşılaşma tehlikesi yaşayan taraf, ispat yükünü taşıyan taraftır.

(TMK) 2001, madde 6, <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4721.html> (Erişim Tarihi: 20.11.2016)

⁷ Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) 2011, madde 190(1)-<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6100.pdf> (Erişim Tarihi: 20.11.2016); Kuru, Baki: (İstinaf Sistemi),s.321; Çil, Şahin:6100 Sayılı HMK'ya Göre İş Yargısında İspat Yükü ve Deliller, İÜHFM C. LXXII, S.2, s.87-102, 2014, s.87

⁸O'Hare, John/ Browne, Kevin:Civil Litigation, 16.Bası, London, 2013, s.529; Burrows, Andrew:English Private Law, 3.Bası, Oxford, 2013, s.1369

⁹O'Hare, John/ Browne, Kevin, s.529. Yazarlara göre; İngiliz hukukundaki genel kural, bir vakıayı iddia eden taraf, o vakıayı ispat etmekle yükümlü olacaktır. Ancak bir vakıayı karşı taraf kabul ediyorsa, genel kural geçerli olmayacaktır çünkü çekişmeli bir vakıa söz konusu değildir.

¹⁰Umar, Bilge/ Yılmaz, Ejder, s.4. Ayrıca bkznz: Toraman, Barış, s.1487, 1489.

¹¹Atalay, Oğuz:Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001, s.9, 16 (Menfi Vakıalar); Toraman, Barış, s.1490.

İspat yükünün hangi tarafta olduğuna dair örnek verecek olursak; (A), (B)’den çamaşır makinesi satın alır. (A); çamaşır makinesinin kapı fitilinin olmamasından dolayı mutfağını su bastığını iddia eder ve zararını gidermek için (B)’den tazminat talep ediyor.¹² Bu durumda, lehine hak çıkaracak olan taraf ve dolayısıyla ispatla yükümlü olan taraf (A)’dır, çünkü çamaşır makinesinin kusurlu olduğunu iddia etmektedir ve bu iddiayı ispatladığı sürece tazminat hakkı doğacaktır. (A) iddiasını ispatladıktan sonra (asıl ispat faaliyeti); (B) bu durumda “karşı ispat” faaliyetinde bulunur. Karşı ispat faaliyetinin amacı, (A)’nın ispatlamış olduğu iddiasını *çürütmeye veya sarsmaya*¹³ yöneliktir. Karşı ispat faaliyeti gereğince, (B) çamaşır makinesinin kapı fitilinin eksik olmadığını, veya eksik olsa bile (A)’nın iddia ettiği zarara yol açamayacağı yönünde olacaktır. İnandırma (ispat) faaliyetinin sonucu olarak, hâkim, (A)’nın lehine veya aleyhine karar verir.

Özetle söyleyebiliriz ki ispat yükü, yukarıdaki örnekte görüldüğü gibi, *kendi lehine hak çıkaracak* olan tarafa aittir. Verilen örnekte, kendi lehine hak çıkaracak olan taraf (A)’dır, çünkü (B)’den satın almış olduğu çamaşır makinesinin kusurlu olduğunu ispatladıktan sonra, (B) bu iddiayı karşı ispat faaliyetinde *çürütemezse*, (A)’nın tazminat hakkı doğar ve ispat kuralları gereğince lehine karar verilir.¹⁴ Ancak belirtmeliyiz ki, ispat yükünü taşıyan taraf, her zaman davacı olmayabilir. Bazı hâllerde, kendi lehine hak çıkaracak

¹² Bahsedilen örnek, O’Hare, John ve Browne, Kevin yazarları tarafından verilmiştir. Bknz: O’Hare, John/ Browne, Kevin, ss529-530.

¹³Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet: (Medeni Usûl Hukuku), s.683; Umar, Bilge/ Yılmaz, Ejder, s.7.

¹⁴ İspat kuralları gereğince; ispat yükünü taşıyan taraf davacı ise, dava temelini oluşturan vakiaları ispat ettiği taktirde davayı kazanır. Aksi hâlde davası reddedilir. Bknz: Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet: (Medeni Usûl Hukuku), s.644; Karşlı, Abdurrahim, s.479; Kuru, Baki: (İstinaf Sistemi), s.320.

olan taraf davalı taraf da olabilir. Örnek olarak, *“tahliye tarihinin taraflar arasında çekişmeli olması halinde, kiralananın fiilen boşaltıldığını ve anahtarın teslim edildiğini böylece kira ilişkisinin kendisince ileri sürülen tarihte hukuken sona erildiğini kanıtlama yükümlülüğü, (davalı) kiracıya aittir.”*¹⁵ Bu durumda, kendi lehine hak çıkaracak olan taraf davalı kiracı olduğu için, ispat yükü de davalıda olacaktır.

İspat kavramını ve ispat yükünü genel olarak değerlendirdikten sonra, ispatın aynı zamanda bir ‘hak’ olduğunu da ileri sürebiliriz. Bir yazara göre, ispatta bulunmak aynı zamanda bir ‘hak’tır. Bunun nedeni ise; *“belli bir hukuksal sonucun kendi lehine olarak ileri süren kimsenin, o hukuksal sonucu doğurabilecek olayların gerçekleştiğini ispat etmesine olanak verilmesi gerekir.”*¹⁶ Dolayısıyla, kendi lehine hak çıkaracak olan tarafın, istediği hukuksal sonucunu elde etmek için bir ispat hakkına sahip olduğu kanaatine varabiliriz. Bir diğer yazara göre; ispat hakkı, uyuşmazlığın çözümü bakımından önemli vakıaların delil sayesinde ispat hususunda *taraflara imkan tanımak* ve hâkimin kanunen öngörülen hukukî sonuca karar vermesidir.¹⁷ Ayrıca, HMK 189. maddenin 1. fıkrasında da ispat hakkına yer verilmiştir. Söz konusu maddede; *“taraflar, kanunda belirtilen süre ve usule uygun olarak ispat hakkına sahiptir.”*¹⁸ Sonuç olarak, ‘ispat’ kavramının sadece bir ‘yük’ değil, aynı zamanda bir ‘hak’ olduğu kanaatine varmak mümkündür.

¹⁵ 6. HD 28.1.2014, 6201/983’den aktaran Kuru, Baki: (İstinaf Sistemi), s.321-322

¹⁶ Umar, Bilge/ Yılmaz, Ejder, s.7

¹⁷ Kılıçoğlu, Evren: *Medeni Yargılamada Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Delillerin Kullanılması* (Yayınlanmamış Doktora Tezi), T.C Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011, s.14

¹⁸ Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) 2011, madde 189(1)-
<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6100.pdf> (Erişim Tarihi: 20.11.2016); Kılıçoğlu, Evren, s.11

II. İSPATIN GEREKMEDİĞİ HÂLLER

İspatı genel olarak inceledikten sonra, hangi durumları kapsamadığını incelemek gerekir. İspatın, genel anlamda davadaki tarafların ileri sürdükleri iddia ve savunmalarının doğruluğunu ve gerçekleştiğini göstermek için hâkimi inandırmaya yönelik bir faaliyet olduğunu söylemiştik. Ancak iddia edilen bir vakıa, taraflar açısından çekişmeli değil ise; ispat faaliyetine gerek kalmaz, çünkü davanın çözümünde etkili olmayacaktır.¹⁹ Örnek olarak, araç sahibinin sorumluluğunda, araç sahibinin kusurlu olmasının davada önemi olmadığı için, kusuru ispatlamaya da gerek yoktur.²⁰ Bu tür önlemler, dava ile ilgisiz ve gereksiz vakıaların dava dışında bırakılmasını hedefler. Neticede, ispat edilmesi gereken vakıalar, taraflar arasındaki *çekişmeli* olan vakılardır.

İspat kurallarının uygulanmayacağı diğer durumlar; ikrar, herkesçe bilinen vakıalar ve karineler olarak sıralanabilir. Aşağıda bu özel durumlara kısaca değinilecektir.

İkrar, tarafların birisinin, kendi aleyhine olarak ileri sürülen olayın doğruluğunu mahkemeye beyan etmesidir. Bu durumda, lehine hak çıkaracak olan taraf, ispat yükünden kurtulur. Örnek verecek olursak, doktorun ihmalden kaynaklanan bir haksız fiil davasında, davacı hasta, ihmal nedeniyle doktorun uyguladığı tıbbi müdahaleden zarar gördüğünü iddia ediyor olabilir. Bu durumda doktor, davacı hastanın ileri sürdüğü vakıalara

¹⁹Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet: (Medeni Usûl Hukuku), s.657. Karşılı'ya göre, bir vakıanın ispata konu olabilmesi için o vakıanın çekişmeli olması gerekir. Bknz: Karşılı, Abdurrahim, s.479; Kuru, Baki: (İstinaf Sistemi), s.319

²⁰Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet: (Medeni Usûl Hukuku), s.657

hiçbir ekleme yapmadan hatasını kabul ediyorsa (*basit ikrar*)²¹; doktorun ihmali ispatlamaya gerek kalmadan hastanın tazminat talebi mahkeme tarafından kabul edilir. Bunun nedeni ise; çekişmeli vakıanın bulunmamasıdır. Bir diğer ifade ile, davalı iddia edilen vakıaların doğruluğunu (doktor'un ihmali) kabul etmektedir. Ancak bu duruma maalesef her zaman rastanamamaktadır. Birçok davada vakıalar çekişmeli olduğu için, taraflar arasında bir uyuşmazlık söz konusudur ve bu uyuşmazlık sonucu vakıaların gerçekliği ve doğruluğunun mahkeme huzurunda ispatlanması gerekmektedir.

Herkesçe bilinen vakıalar; herkesin bilebileceği radyo, televizyon, kitap ve gazete aracılığıyla kolaylıkla öğrenilebilen vakılardır.²² Herkesçe bilinen vakılara tarihi olaylar, ekonomik durum ve 15 Haziran 2016'nın haftanın hangi gün olduğu örnek olarak verilebilir. Genel olarak, herkesçe bilinen vakıaların ispatına gerek yoktur, çünkü çekişmeli oldukları söylenemez. Ancak bu tür vakıaların zaman ve yerine göre değişebildiğini

²¹ İkrar çeşitleri: Basit İkrar, Vasıflı İkrar ve Bileşik İkrar olarak sıralanabilir. Basit ikrarda karşı taraf, iddia edilen vakıayı aynen kabul eder ve ikrara ekleme yapmaz. Bu da demek oluyor ki, iddiasını ileri süren taraf (*lehine hak çıkaracak olan taraf*), ispat yükümlülüğünden kurtulur. Vasıflı ikrarda ise; ikrar eden, iddia edilen vakıayı kabul etmekte, sadece vakıanın doğumu bakımından hukukî niteliğini reddetmektedir (*örn: satış değil, bağış*). Bu durumda, iddiasını ileri süren taraf, ispat yükünden kurtulmaz (ispat yükü kalkmaz). Ancak "*satış değil, bağış*" gibi gerekçeli inkâr söz konusu olduğu için, o vakıayı iddia eden, iddia ettiği vasfı ispat etmelidir. Bileşik ikrar ise ikiye ayrılmaktadır (Örneğin: "*aldım, ama ben o borcu ödedim*" gibi *bağlantılı* bileşik ikrar ve "*aldım, ama onun da bana borcu var*" gibi *bağlantısız* bileşik ikrar). Bileşik ikrarda ispat yükü ortadan kalkıp kalkmayacağı konusu tartışılmaktadır. İkrar çeşitleri bu çalışmanın kapsamını aşmaktadır, bu nedenle daha fazla bilgi için bkz: Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özkes, Muhammet: (Medeni Usûl Hukuku), s.650-655.

²²Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özkes, Muhammet: (Medeni Usûl Hukuku), s.658

belirtmekte fayda vardır. Bu gibi durumlarda, hekesçe bilinen bir vakianın aksini ileri süren taraf, ileri sürdüğü iddia veya savunmayı ispatlayabilir.²³

Son olarak, karineler söz konusu olduğunda, karine sonucunu ispatlamaya gerek yoktur. Karineler; kanunî ve fiili olmak üzere ikiye ayrılır. Karineleri kısacası belli bir olaydan, belli olmayan bir olay için çıkarılan sonuç olarak ifade edebiliriz.²⁴ Karineye dayanan taraf, bir ölçüde artık o hususu ispat etmekle yükümlü değildir.²⁵ Bunun nedeni ise; belirli olan karine temeli ispat edilince (örneğin: zilyetlik); belirli olmayan karine sonucunun da gerçek olduğu kabul edilir (örneğin: mülkiyet). Kısacası zilyetlik, mülkiyete karine teşkil etmektedir. Bu da demek oluyor ki, bir kişi mala zilyet olduğunu ispat ettikten sonra, o kişinin aynı zamanda mala malik olduğu kabul edilir. Mal üzerindeki mülkiyet hakkını ispatlamaya gerek kalmaz.²⁶

Sonuç olarak, ispat kurallarının uygulanmayacağı durumları; *çekişmesiz vakıalar, ikrar, herkesçe bilinen vakıalar ve karineler* olarak sıralayabiliriz.

²³Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet: (Medeni Usûl Hukuku), s.658; Karşlı, Abdurrahim, s.480.

²⁴Umar, Bilge/ Yılmaz, Ejder, s.165; Karşlı, Abdurrahim, s.490; Zuckerman, Adrian, s. 1022

²⁵ Karineye dayanan tarafın ispattan tamamen kurtulduğunu söylemek doğru değildir. Taraf, iddiasını yine de ispat eder, ancak ispat edeceği husus değişecektir. HMK m.190(2)'ye göre kanuni karineye dayanan taraf, sadece karine temelini ispat etmekle yükümlü olup, karine sonucunu ispat etmekle yükümlü değildir (karine sonucunu ispat etmekten kurtulur). Bknz: Karşlı, Abdurrahim, s.490; Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet: (Medeni Usûl Hukuku), s.659.

²⁶ Bknz: Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet: (Medeni Usûl Hukuku), s.659

§2. İLK GÖRÜNÜŞ İSPATI

I. DOĞRUDAN VE DOLAYLI İSPAT

Genel olarak ispatı ve ispatın gerekli olmadığı hâlleri inceledikten sonra, ilk görünüş ispatı incelenebilir. İlk görünüş ispatını incelemeden önce, kısaca doğrudan ve dolaylı ispat türlerini değerlendirelim. İlk görünüş ispatı, doğrudan değil, dolaylı bir ispat türü olduğu için, ileri sürülen vakıayı “*doğrudan ispat edecek bir vakıa yoktur.*”²⁷

Doğrudan ispat, bir vakıayı ona doğrudan delalet eden (gösteren) delillerle ispat etmek anlamına gelmektedir.²⁸ İngiliz hukukunda, bu tür ispata “*primary evidence*” adı verilmektedir. Örneğin bir haksız fiil davasında, haksız fiilin işlendiğini gören tanığın ifadesi, doğrudan ispat türü teşkil etmektedir.²⁹ Bir başka örnek; borç senedi veya sözleşme, alacak hakkını gösteren doğrudan bir delil teşkil etmektedir.³⁰ Bu gibi durumlarda, lehine hak çıkaracak olan tarafın iddiası doğrudan ispatlanmış sayılacaktır. Ancak bu kolaylık her zaman sağlanamamaktadır. Özellikle iddia (veya savunmaları) doğrudan ispatlayacak bir delil yokluğunda, taraflar vakıaları ispat edememekle birlikte, aleyhlerine karar verilebilir. Dolayısıyla, ispatsızlığın tehlikesini yaşayan tarafa ‘dolaylı ispat’ imkanı sağlanmaktadır.

²⁷Ulukapı, Ömer: *Medeni Usul Hukuku*, 2.Bası, 2014, s.335

²⁸Ulukapı, Ömer, s.334

²⁹Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet: (Medeni Usûl Hukuku), s.684

³⁰Atalay, Oğuz: (Delil Kavramı)s.132

Dolaylı ispat türü, emare teşkil eden komşu vakıaların varlığına dayanarak, çekişmeli vakıa hakkında hâkim tarafından bir sonuca varılması (delillerin değerlendirilmesi) yoluyla ispata çalışmak anlamına gelmektedir.³¹ Örnek verecek olursak, zina sebebine dayanan boşanma davasında, doğrudan cinsel ilişkinin ispatı yerine, ona delalet eden diğer vakıaların gerçekleştiğini gösteren deliller (tanıklar), şiddetli geçimsizlik vakıasının dolaylı delilleridir.³² İngiliz hukukunda, dolaylı ispat türüne “*secondary evidence*” adı verilmektedir.

Dolaylı ispat, aynı zamanda ‘emare ispatı’ olarak bilinmektedir. Emare ispatına bir başka örnek verecek olursak; bir kişinin evinin yandığını farz edelim. Yangını kim tarafından başlatıldığını bizzat gören yoktur, ayrıca herhangi bir kamera kaydı da bulunmamaktadır (doğrudan delil bulunmamaktadır). Ancak yangından bir gün önce, ev sahibi yüksek miktarda evini sigortalattırır ve bir kaç bidon benzin satın alır.³³ Belirtilen komşu veya yan vakıalar (ev sahibinin evini sigortalatması ve benzin satın alması), yangının *ev sahibi* tarafından başlatıldığını gösteren emarelerdir. Ev sahibinin evini sigortalatması kötü bir amaç için olmayabilir, aynı şekilde ev sahibi benzini arabası için satın almış olabilir. Aynı ayrı bir anlam ifade etmeseler

³¹Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet: (Medeni Usûl Hukuku), s.684; Atalay, Oğuz: (Menfi Vakıalar), s.8; Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet: *Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 4.Bası, 2010, s.398 (Medeni Usûl Ders).

³²Atalay, Oğuz: (Delil Kavramı)s.132

³³ Bahsedilen örnek, Pekcanitez, Hakan/ Atalay ve Oğuz/ Özekes, Muhammet yazarları tarafından verilmiştir. Bknz: Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet: (Medeni Usûl Hukuku), S.685; Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet: (Medeni Usûl Ders) s.399. Benzer bir örnek, Ulukapı tarafından verilmiştir. Bknz: Ulukapı, Ömer, s.335-336.

bile, komşu vakıaların var olması, *hayat tecrübesi kuralları* ³⁴ gereğince bir araya gelince, yangının *ev sahibi* tarafından başlatıldığını ispat etmek için emare teşkil eder ve ispat faaliyetinde hâkime sunulabilir.

II. İLK GÖRÜNÜŞ İSPATI

Doğrudan ve dolaylı ispat türlerini inceledikten sonra, ilk görünüş ispatını değerlendirebiliriz. Bir yazara göre; “*bir vakıanın, hayat tecrübelerine göre, aksinin muhtemel olduğu iddia edilmediği sürece var olduğu kabul edilebilir. Özellikle hakkında delil olmayan, ispat güçlüğü bulunan bir vakıa (örn: denizde çatma) tecrübe kuralları, yani ilk görünüş ispatı yardımı ile ispatlanmış sayılacaktır.*”³⁵ İlk görünüş ispatının ilk temelleri İngiliz Hukukuna dayanmakta olduğunu söyleyebiliriz. İngiliz hukukunda 19. Yüzyılın başından itibaren, açık denizlerde meydana gelen deniz kazalarının ispatında ilk görünüş ispatı uygulanmaya başlanmıştır³⁶. İlk görünüş ispatında hâkim, hayat tecrübesi kurallarına uygun olarak bir olaydaki vakıayı ispat edilmiş olarak kabul edecektir.³⁷

Emare ispatında da olduğu gibi, ilk görünüş ispatı dolaylı bir ispat türü olarak karşımıza çıkmaktadır ve tam ispatın mümkün olmadığı

³⁴Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet: (Medeni Usûl Hukuku), s.685; Albayrak, Hakan: *Yaklaşık İspat*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), T.C Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2012, s.22

³⁵Yıldırım, Mehmet Kamil: *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul 1990, s.133

³⁶Albayrak, Hakan, s.13

³⁷Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet: (Medeni Usûl Hukuku), ss.687-688

durumlarda uygulanmaktadır.³⁸ Emare ispatından farklı olarak, ilk görünüş ispatında, *olayların tipik akışı, ilk bakışta belirli bir kanaat oluşmasına imkân tanımaktadır*.³⁹ Temel fark ise; ispat faaliyetinde birden fazla komşu vakıanın mevcut olmamasıdır.⁴⁰ Yukarıda gördüğümüz gibi, emare ispatında birden fazla vakıa biraraya gelir ve hâkim hayat tecrübesi kuralları gereğince karar verir. İlk görünüş ispatında ise; birden fazla vakıanın mevcut olması gerekmez, hâkim yine hayat tecrübesi kuralları gereğince kanaate ulaşabilir.

İlk görünüş ispatı, bir vakıanın aksinin de muhtemel olduğu ileri sürülmedikçe, hayat tecrübelerine, tipik hayat akışına göre, ancak öyle gerçekleşmiş olabileceğini ve ilk görüldüğü şeklinin kabulünü esas alır.⁴¹ Örneğin, bir kişinin geçirdiği ikinci ameliyat sırasında karnında makas bulunursa, bu makasın birinci ameliyat sırasında unutulduğu kabul edilir.⁴² Makasın hastanın karnında bırakılması ve dolayısıyla ilk ameliyatı yapan doktorun kusurlu olduğu, ilk görünüş ispatı yoluyla kabul edilir.

³⁸ Daha önce bahsedilen yangın örneğinde; evin kim tarafından yakıldığını bizzat gören bir tanık olmadığı ve kamera kaydı da bulunmadığı hâllerde, yangının kim tarafından başlatıldığına dair doğrudan delil bulunmamaktadır (tam ispat mümkün değildir). Bu gibi durumlarda, komşu vakıaların varlığı (ev sahibinin evini sigortalatması ve birkaç bidon benzin satın alması), yangının *ev sahibi* tarafından başlatıldığına dair emare teşkil eder ve bu doğrultuda evin sahibi tarafından yakıldığı ispat edilmiş sayılacaktır. Ayrıca bkz: Albayrak, Hakan, S.22

³⁹ Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet: (Medeni Usûl Hukuku), S.687; Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet: (Medeni Usûl Ders) S.401.

⁴⁰ Ulukapı, Ömer, S.336

⁴¹ Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet: (Medeni Usûl Hukuku), S.688

⁴² Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet: (Medeni Usûl Ders) s.401

Bir yazara göre; ilk görünüş ispatı “somut olayda da böyle olmuştur” varsayımından hareket ederek, yüksek tecrübe kurallarını gerektirmektedir.⁴³ Bunun nedeni ise; ilk görünüş ispatının aksini kabul etmek için özel dayanaklar, nedenler yoksa, hâkim, *ağır basan olasılıklardan tecrübeyle sonuç çıkarmaktadır*.⁴⁴ Kanaatimizce, bu doğru bir görüştür. Bir tarafın ileri sürdüğü iddiayı çürütmek veya sarsmak için herhangi bir vakia ileri sürülmedikçe, hâkim yüksek tecrübe kurallarına göre ilk görünüş ispatını kabul edecektir. Örneğin, bir ağaca çarpan şoförün kusurlu olduğu, ilk görünüş ispatına göre kabul edilir. Arabının arızalı olduğu veya olayın farklı bir şekilde gerçekleştiği şoför tarafından ileri sürülmedikçe (örneğin, arabanın önüne at çıkmasının bir sonucu olarak ağaca çarpması); hâkim, yüksek tecrübe kuralları gereğince şoförün kusurlu olduğunu kabul eder.

İlk görünüş ispatını gösteren bir başka örnek ise; otobanda giden kamyon, önündeki arabaya çarpar. Önündeki arabanın ikinci vitesle gittiği tespit ediliyor. İlk görünüş ispatı kuralları gereğince, kamyon şoförünün kusurlu olduğu kabul edilmektedir, çünkü hızını önündeki arabanın hızına göre ayarlaması gerekirdi. Ancak bu durumda, ilk görünüş ispatını sarsmak da mümkün olacaktır. Eğer arabanın biraz önce otobanın yan tarafındaki park yerinden ana yola çıktığı tespit edilirse, arabanın kamyon şoförü tarafından

⁴³Taşpınar, Sema: “*Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü*”, AÜHFD, C.45, S.1-4, s.533-572, 1996, s.542. Ayrıca bkz: Pekcanıtez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özkes, Muhammet: (Medeni Usûl Hukuku), S.688; Pekcanıtez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özkes, Muhammet: (Medeni Usûl Ders) S.401; Tanrıver, Süha: *Medeni Usul Hukuku*, Cilt 1: Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Ankara 2016, s.772.

⁴⁴Taşpınar, Sema, S.542; Tanrıver, Süha, s.772

görülemeyeceğine ve dolayısıyla kamyon şoförünün kusurlu olmadığı sonucuna varmak mümkündür.⁴⁵

İngiliz hukukunda, ilk görünüş ispatı kurallarına benzer şekilde '*res ipsa loquitor*'⁴⁶ prensibi uygulanmaktadır. Normal durumlarda; ispat yükü, iddiasını ileri süren tarafta olacaktır. Ancak bazı hâllerde, ileri sürülen bir iddianın ispatı mümkün olmayacaktır. Bu gibi durumlarda, *res ipsa loquitor* prensibi, ispat yükü kurallarının özel bir düzenlemesi olarak görülmektedir.⁴⁷ Prensibin anlamı; "*the thing speaks for itself*"⁴⁸ (olay kendiliğinden konuşur) yani kısacası, olay kendisini ifade eder veya gösterir anlamında kullanılmaktadır. *Res ipsa loquitor* prensibi uygulandığında, hâkim, ispat yükümlülüğü yerine getirilmiş sayar. Örneğin, bir iddiayı ispatlayacak delil bulunmuyorsa, *res ipsa loquitor* prensibi ileri sürülen iddiayı ispatlamak için uygulanabilir.⁴⁹ Bu gibi durumlarda, ilk görünüş ispatında da olduğu gibi, *ileri sürülen iddia ispatlanmış sayılacak*; karşı taraf aksini iddia ediyorsa, karşı ispat faaliyetinde bulunabilecektir.⁵⁰ Kısacası, aksini iddia eden taraf, olayın ilk bakışta görüldüğü gibi gerçekleşmediğini ispat edemediği durumlarda, ilk görünüş ispatı uygulanacaktır.

⁴⁵ Bahsedilen örnek, Taşpınar tarafından verilmiştir. Bknz: Taşpınar, Sema, S.559; Ulukapı, Ömer, S.337

⁴⁶ '*Res ipsa loquitor*' Latin bir söz olup, İngilizcede anlamı ise; "*the thing speaks for itself*"- olay kendiliğinden konuşur anlamına gelmektedir. Kısacası, olay kendini gösterir anlamında kullanılmaktadır.

⁴⁷ Okrent, Cathy: *Torts And Personal Injury Law*, 5. Bası, 2014, S.62; Cooke, John: *Law of Tort*, 9. Bası, 2009, ss.152-156.

⁴⁸ Cooke, John, Ss.152-156

⁴⁹ Okrent, Cathy, S.63; Cooke, John, Ss.152-156

⁵⁰ Okrent, Cathy, S.63; Cooke, John, Ss.152-156

İlk görünüş ispatının ve İngiliz hukukundaki *res ipsa loquitor* prensibi ‘kusurun ispatı’ olarak görülebilir. Bir örnek verecek olursak, aracıyla bir yayaya çarpan aracın kusurlu olduğu ve yayanın hatalı olmadığı, ilk görünüş ispatına göre kabul edilir. Davalı taraf ise; davacı yayanın kusurunu karşı ispat faaliyetinde ispat edemediği sürece, davayı kaybetme riskini taşımaktadır ve aleyhine karar verilir.⁵¹ İngiliz hukukunda verilen bir örnekte ise; Scott v London and St Katherine’s Docks⁵² davasında, davacı, davalıya ait deponun altından yürürken, üstüne torba dolusu şeker düşer ve yaralanır. Hâkim, davacının yaralanmasının davalının kusurundan kaynaklandığını ve davacının hatalı olmadığını kabul etmiştir.

İlk görünüş ispatı sadece kusuru ispatlamak için değil, aynı zamanda illiyet bağı (nedenselliği) ispatlamak için de kullanılabilir. ⁵³ Nedensellik bağıının ilk görünüş ispatından yararlanarak ispatlanmasına örnek verecek olursak; yüzme bilmeyen bir kişinin havuzun derin olan kesiminde boğulması vakasında, nedensellik ilk görünüş ispatı derinlik ile ölüm arasında bir bağ olduğunu gösterir.⁵⁴ Diğer örnekler ise; kişinin merdivenlerin korkuluklarının yapılmaması sebebiyle düşmesi halinde, güvenlik önlemlerinin alınmamasıyla inşaattan düşme olgusu arasında nedensellik

⁵¹Çifçi Türkel, Pınar: *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırları*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), T.C Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2016, s.110

⁵²Scott v London and St Katherine’s Docks [1865] 3 H and C 596: <http://swarb.co.uk/scott-v-the-london-and-st-katherine-docks-co-cec-1865/> (Erişim Tarihi: 30.11.2016). Ayrıca Bknz: Cooke, John, S.153; Elliot, Catherine/Quinn, Frances, *Tort Law*, 9. Bası, 2013, S.120; Quinn, Frances, *Tort Law*, 2012, S.58; Turner, Chris/ Hodge, Sue: *Unlocking Torts*, 3. Bası, 2013, Ss.99-100.

⁵³Taşpınar, Sema, S.542; Albayrak, Hakan, S.15; Tanrıver, Süha, S.772-773

⁵⁴Yıldırım, Mehmet Kamil, S.133; Taşpınar, Sema, S.560. Çifçi Türkel, Pınar, S.110.

bağının kabulü olarak verilebilir.⁵⁵ Bir başka örnek ise; kaynak yapılan bir yerde çıkan yangının kaynak işi nedeniyle oluştuğunun ilk görünüş ispatı ile kabul edilmesidir.⁵⁶

İngiliz hukukunda Gee v Metropolitan Railway⁵⁷ davası; nedensellik bağının ilk görünüş ispatından yararlanarak ispatlanmasına örnek olarak verilebilir. Bu davada, tren istasyonundan hareket eden trenin kapıları tam kapalı olmamasından dolayı, davacı hareket eden trenden düşer. Mahkeme, nedensellik ilk görünüş ispatını uygular ve davalının tren kapısını tam olarak kapatılmadığından dolayı davacının zarara uğradığı kanaatine varır.

Sonuç olarak, ilk görünüş ispatında hâkim, hayat tecrübesi kuralları gereğince ilk bakışta bir vakianın gerçekleşmiş olduğunu kabul eder. Söz konusu vakıayı sarsmak veya çürütmek için başka herhangi bir vakianın yokluğunda, ilk görünüş ispatı kuralları gereğince bir olayın belli bir şekilde gerçekleşmiş olduğu varsayılır. İlk görünüş ispatının uygulama alanlarının; kusurun ve illiyetin bağının ispatı olduğu söylenebilir.

⁵⁵Albayrak, Hakan, S.15; Tanrıver, Süha, S.772.

⁵⁶Albayrak, Hakan, S.15, 17

⁵⁷Gee v Metropolitan Railway [1873] LR 8 QB 161. Bknz: Cooke, John, S.153; Quinn, Frances, S.58; Elliot, Catherine/Quinn, Frances, S.120; Turner, Chris/ Hodge, Sue: S.99; Owen, Richard,*Essential Tort Law* 3. Bası, 2000, S. 39.

III. İLK GÖRÜNÜŞ İSPATININ FİİLİ KARİNELERE BENZERLİĞİ

İlk görünüş ispatını değerlendirirken, fiili karinelere olan benzerliği de dikkate alınmalıdır. Bunun nedeni ise; her ikisinde de tek bir vakıadan hareketle, belirsiz bir vakıanın ispat edilmiş sayılmasıdır.⁵⁸

İlk görünüş ispatında, fiili karinelerde olduğu gibi, *hukuk kuralına dayanmaksızın*⁵⁹, yaşam deneyi kurallarına göre bir sonuca ulaşılır. Hukuk kurallarına dayanılmaz, çünkü fiili karinelerde olduğu gibi kanun tarafından düzenlenmemiştir. İlk görünüş ispatında, fiili karinelerde de olduğu gibi; kanunda öngörülen sonuçlar değil, *hâkim* tarafından çıkarılan sonuçlar söz konusudur. Örneğin, yapılan iğneden sonra felç olan kişinin iğne sebebiyle felç olduğu, ilk görünüş ispatı yoluyla *hâkim* tarafından kabul edilir.⁶⁰ Kanunda “*bu durumda, bu sonucuna varılması gerekir*” şeklinde herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Fiili karinelerde de, bilinen vakılardan bilinmeyenler hakkında kanun tarafından değil, aksine *hâkim* tarafından çıkarılan sonuçlardır.⁶¹ Bir görüşe göre; fiili karinelerin hukuk ile ilgisi yoktur, ancak dolaylı olarak ve özellikle de *hâkimin* delil değerlendirmesi faaliyetinde

⁵⁸Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet: (Medeni Usûl Hukuku), S.689. Yıldırım’a Göre; “*İlk Görünüş İspatı, Fiili Karine İle Eşdeğer Tutulmaktadır*” Bknz: Yıldırım, Mehmet Kamil, s.128.

⁵⁹Fiili karineler, kanun tarafından düzenlenmedikleri için hukuk kuralı değildir. Bknz: Taşpınar, Sema, S.536; Karslı, Abdurrahim, S.491.

⁶⁰Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet: (Medeni Usûl Hukuku), s.688. Verilen örnek, nedenselliğin ispatında kullanılır (iğne ile felç arasındaki bağı göstermektedir). Bknz: Tanrıver, Süha, S.772

⁶¹Taşpınar, Sema, S.536

hukuk için önem taşımaktadır. Hâkim delilleri değerlendirirken, fiili karineleri de gözönünde bulundurabilir.⁶²

Karinelerin, belli bir olaydan, belli olmayan bir olay için çıkarılan sonuç oldukları çalışmanın ilk bölümünde ifade edilmiştir. Yukarıda bahsedildiği gibi, karineye dayanan taraf, bir ölçüde artık o hususu ispat etmekle yükümlü değildir. Bunun nedeni ise; belirli olan karine temeli ispat edilince, belirli olmayan karine sonucunun da gerçek olduğu kabul edilir.⁶³ İlk görünüş ispatı da karinelere benzer şekilde bir olayın gerçekleştiği kabul edilirse, o olayın gerçekleştiğini ispat etme zorunluluğu ortadan kalkmış olur. Hâkim, *yaşam deneyi kuralları*⁶⁴, *tecrübe kuralları*⁶⁵ veya *hayatın olağan akışı*⁶⁶ ifadesi ile sonuca ulaşır.

İlk görünüş ispatında, aksini ileri süren taraf, ileri sürdüğü vakıaları ispat etmekle yükümlü olacaktır. Bir görüşe göre; *“basit bir karşı delil ile, ilk görünüş ispatı sarsılır.”*⁶⁷ Fiili karinelerin de aksini iddia eden taraf, ileri sürdüğü vakıayı ispat etmekle yükümlü olacaktır. Örneğin, iş kazası sonucu ölüm halinde, ispat yükü davacı olsa da, genel yaşam deneyimlerine göre,

⁶²Umar, Bilge/ Yılmaz, Ejder, S.165-166; Taşpınar, Sema, S.537; Karakaş, Fatma Tülay: *Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar*, AÜHFD, 62(3), 2013, s.744.

⁶³Karlı, Abdurrahim, s.490; Pekcanıtez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet: (Medeni Usûl Hukuku), s.659.

⁶⁴Umar, Bilge/ Yılmaz, Ejder, s.165; Pekcanıtez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet: (Medeni Usûl Hukuku), ss. 659-660, 686-688; Karakaş, Fatma Tülay, s.744

⁶⁵Pekcanıtez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet: (Medeni Usûl Hukuku), ss 659-660, 687-688; Taşpınar, Sema, ss. 542-543; Karakaş, Fatma Tülay, s.744

⁶⁶Pekcanıtez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet: (Medeni Usûl Hukuku), ss.659-660, 686-688; Taşpınar, Sema, s.569; Karakaş, Fatma Tülay, s.744

⁶⁷Yıldırım, Mehmet Kamil, s.135; Taşpınar, Sema, s.561.

ispat yükü yerine getirilmiş sayılacak, delil ikame yükü ise aksini iddia eden tarafta olacaktır.⁶⁸

İngiliz hukukunda McWilliams v Sir William Arrol & Company⁶⁹ davasında, iş kazası sonucu ölüm gerçekleşmiştir. Bu davada, işveren, çalışana güvenlik kemeri sağlamadığı için çalışan yükseklikten düşer ve ölümü gerçekleşir. Çalışanın eşi, işverene tazminat davası açar. İspat yükü kuralları gereğince, işverenin kusurunu davacı ispatlamalıdır (kendi lehine hak çıkaracak olan taraf, ölen kişinin eşidir). Kusur ve zarar arasındaki nedensellik bağıını ispatlamak için sorulması gereken soru: eğer güvenlik kemeri sağlansaydı, çalışan onu kullanacaktıydı?⁷⁰ Davada, çalışanın ölümü gerçekleştiği için güvenlik kemerini kullanıp kullanmayacağı hususunda ispat faaliyetinde bulunamaz. Mahkeme, güvenlik kemeri sağlanmış olsaydı, çalışan onu kullanıp ölümüne düşemeyeceğini kabul eder. Aksini iddia eden taraf (işveren) ise; ileri sürdüğünü ispatlamalıdır. Bu davada işveren, daha önce güvenlik kemerinin sağlanmış olduğuna, ancak çalışanın güvenlik kemerini hiçbir zaman kullanmadığına dair mahkemeye delil sunar ve ispata ilişkin kurallar gereğince dava, davacının aleyhinde sonuçlanır.⁷¹

⁶⁸Umar, Bilge/ Yılmaz, Ejder, S.165; Çil, Şahin, s.88. İspat yükü asla yer değiştirmez, delil ikame yükü taraflar arasında yer değiştirebilir. Bknz: Atalay, Oğuz: (Menfi Vakıalar), s.21.

⁶⁹McWilliams v Sir William Arrol & Company [1962] UKHL 3, [1962] 1 WLR 295, [1962]<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1962/3.html> (Erişim Tarihi: 30.11.2016).

⁷⁰ Eğer güvenlik kemerini kullanma olasılığı bulunmuyorsa, herhalükarda çalışan düşüp ölümü gerçekleşirdi. Bu bağlamda nedensellik ispatlanamaz ve işveren sorumlu tutulamaz.

⁷¹ İngiliz hukukunda, Türk hukukunda da olduğu gibi, ispat yükünü yerine getiremeyen tarafın aleyhinde karar verilir. Bknz: Zuckerman, Adrian, s.1016

İlk görünüş ispatı ve fiili karinelerin önemli farkı, ilk görünüş ispatında hâkim tarafından kabul edilen ilk görünüşü çürütmek veya sarsmak için ileri sürülen vakıalar, “karşı ispat” faaliyetinde ileri sürülür. Burada iddia edilen vakıalar “asıl ispat” faaliyetinde iddia edilir ve buna karşı, “karşı ispat” faaliyeti yerini almaktadır. Fiili karinelerde ise; aksini iddia eden taraf “aksini ispat” faaliyetinde bulunmaktadır.⁷² Bunun nedeni, karine temelini oluşturan vakıa ispat edilmiş sayılır, karine sonucunun da gerçek olduğu kabul edilir.⁷³ Var kabul edilen vakıanın öyle olmadığını (aksini) ispat söz konusu olduğu için, kabul edilmiş karine sonucuna karşı “aksini ispat” faaliyeti yer almaktadır.⁷⁴ Bu durum, ilk görünüş ispatını ve fiili karineleri ayırmaktadır.

Herşeyden önce, ispat güçlüğü bulunan hâllerde fiili karineler ve ilk görünüş ispatı ispatsızlığın riskini taşıyan tarafa *kolaylık* sağlamaktadır. Bir yazar, fiili karinelerin (veya tecrübe kuralların) ispatı kolaylaştırdığı görüşündedir. “*Davacı yine iddiasını haklı gösterecek olayları ortaya koymaktadır. Ancak hakim tecrübe kurallarının yardımıyla tam ispata gerek kalmadan ispatın yapıldığını kabul edebilmelidir.*”⁷⁵ İlk görünüş ispatı da ispat yükünün yerine getirilmesini önemli ölçüde kolaylaştırır. Bir örnek verecek olursak; gece dümdüz ve geniş yolda giden bir aracın, yolun sağında bulunan bir araca çarpması hâlinde, sürücünün kusurlu olduğu yönünde bir ilk görünüş oluşmaktadır. “*Böyle bir ilk görünüşü bertaraf edecek başka bir emare, delil*

⁷²Yıldırım, Mehmet Kamil, s.136; Albayrak, Hakan, s.14, 21; Taşkın, Ahmet:*Mobbing Davalarında İspat Sorunu*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XX, S.2, Yıl:2016, s.418.

⁷³ Karinelerde asıl ispat faaliyetine gerek yoktur, çünkü o vakıa zaten karine gereğince ispat edilmiş sayılmaktadır. Bknz: Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özkes, Muhammet: (Medeni Usûl Ders) s.397

⁷⁴Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özkes, Muhammet: (Medeni Usûl Ders) s.397

⁷⁵Taşpınar, Sema, s.569; Karakaş, Fatma Tülay, s.744

yoksa hâkim ilk görünüş doğrultusunda sürücünün kusurlu olduğunu kabul edebilecektir.”⁷⁶Kısacası, sürücünün kusuru olduğu mahkeme tarafından kabul edilecektir. Tabi ki bu kural, sürücünün aksini ispatlayamadığı sürece geçerli olacaktır.

Aynı kural, ilaç üreticilerin hukukî sorumluluğu için de geçerlidir. İlacı kullandıktan, ilacın zararlı olduğunu ispatlamak beklenemez. Bir yazara göre; zarar gören ilaç kullanana hakkını alamamasını önlemek için *ispat kolaylıklarından*⁷⁷ yararlanılmalıdır. İlk görünüş ispatı, bu ispat kolaylıklarından biri olarak sayılabilir. “İlk görünüş ispatının kabulü hâlinde, zarar görenin ilaç üreticisinin zarara nasıl sebep olduğunu ispatlamaktan kurtulmaktadır”⁷⁸ Bu durumda, ilaç üreticisi ilk görünüş ispatına göre sorumlu tutulmaktadır.

Son olarak, hekimin sorumluluğu örneği verilebilir. Her tıbbi müdahalede ve ameliyatta hafif ve geçici zarar tehlikesi mevcuttur. Bunların, hekim tarafından hastaya bildirilmesi gerekmektedir.⁷⁹ Bildirildiği takdirde

⁷⁶Ulukapı, Ömer, ss.336-7

⁷⁷Akçaal, Mehmet:6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İlaç Üreticisinin Hukukî Sorumluluğu, Ankara Barosu Dergisi, 2012/2013, s.253-290, s.285

⁷⁸Akçaal, Mehmet, s.285.

⁷⁹Doğan, Murat:Özel Hastanelerin Tazminat Sorumluluğu, Uluslararası Hukuk Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları 306, Ankara 2015, s.33-34. İngiliz Hukukunda Chester v Afsar[2004] UKHL 41 davasında, hekim, hastayı ameliyat eder ve ameliyatın bir sonucu olarak hasta komplikasyon yaşar. Ameliyat’dan önce hekim, hastaya ameliyatın tehlikelerini bildirmediği için sorumlu bulunur. Hasta, eğer ameliyatın tehlikeleri ona bildirilseydi, ameliyat olmaktan vazgeçip vazgeçmeyeceği konusunda kararsız olduğunu söyler. Bu davada hekim, sorumlu olmadığını, çünkü hastaya ameliyatın tehlikelerini bildirirse bile, hasta yine de ameliyat olacaktı şeklinde iddiada bulunuyor. Ancak bu durumda mahkeme, hekimin iddiasını reddeder ve aleyhinde hüküm verir. Hekimin sorumluluklarından biri, hastayı aydınlatmaktır ve

hasta, ameliyat olmaktan veya tıbbi müdahaleden vazgeçebilir. Hekimin sorumluluğuna örnek verecek olursak; anne-baba, doğacak çocuğun özürlü olma ihtimalini ortaya koyan doğru bir bilgilendirmeden sonra, çocuk sahibi olmaktan kaçınacaktır.⁸⁰ Hamilelik öncesi hatalı bilgilendirme durumunda kural olarak, nedenselliği ispatlamak için ispat yükü hastaya aittir (lehine hak çıkaracak olan taraf hastadır çünkü iddiasını ispatladığı taktirde tazminat hakkı doğacaktır).⁸¹ Ancak bu durumda, *tıbbi yönden zayıf olan hastanın*⁸² illiyet bağıını ispatlamakta güçlük çekeceği göz önünde tutularak, nedenselliğe yönelik “ispat yükü” hekime bırakılır.⁸³ Kısacası, hastaya kolaylık sağlamak

hekim bu sorumluluğu yerine getirmediği sonucuna varılır. Bknz: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2004/41.html> (Erişim Tarihi 26.11.2016).

⁸⁰Başözen, Ahmet: *Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Tazminat Davalarında İspat Sorunları*, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S.119, Ocak 2012, s.31.

⁸¹ Nedensellik bağıını ispatlamak için, “*hekimin hareketi olmasaydı veya hekim harekete geçmiş olsaydı, meydana gelen netice gerçekleşir miydi?*” sorusuna cevap aranır- Bknz: Başözen, Ahmet, s.13, 18. Bu soru, İngiliz hukukuda ‘*but for*’ testi olarak bilinmektedir (“*but for*” the defendant’s act or omission, would the claimant’s injury have taken place?). Hekimin sorumlu tutulması için hekimin hareketi (veya hareketsizliği) ve hastanın zararı arasında bir nedensellik (illiyet) bağıının bulunması gerekir. Hekimin sorumluluğu hususunda verilen örnekte, hastanın iddiası; hekimin yanlış bilgi vermesi, özürlü çocuğun doğmasına yol açtığı ve dolayısıyla nedensellik bağı ispatlanmış sayılacaktır (hekim yanlış bilgiyi vermeseydi, özürlü çocuk doğmaycaktı). Ancak yine de belirtmeliyiz ki, McFarlane v Tayside Health Board[1999] UKHL 50davasında, davacı, eşinin kısırlaştırma ameliyatının başarısız olduğu ve dolayısıyla hamile kaldığı için hekime dava açar. Bu davada, kısırlaştırma ameliyatında hekimin kusuru olmasaydı, davacı hamile kalmaycaktı şeklinde nedensellik bağına ilişkin ifadeler yer alıyor. Ancak mahkeme, sağlıklı bir çocuğun doğması durumunda hekimin sorumlu tutulmasını makul görmediği için, davacı aleyhine karar verir. Bknz: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1999/50.html> (Erişim Tarihi 26.11.2016).

⁸²Erçeltik, Erman: *Özel Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğu*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), T.C Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2011, s.144.

⁸³Büyükyay, Yusuf: *İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu*, İstanbul 2006’dan aktaran Başözen, Ahmet, s.31. Burada, “ispat yükü” kavramından “delil gösterme yükü” anlaşılmaktadır. İspat

amacı ile ilk görünüş ispatı kuralları gereğince nedensellik bağının varlığı kabul edilir,⁸⁴ aksini iddia eden taraf (yani hekim), ileri sürdüğü savunmayı ispat etmekle yükümlü olacaktır.⁸⁵ Delil ikame ve karşı ispat faaliyetinde hekim başarısız olursa, hâkimin vereceği karar; davacının iddiasının doğru kabul edilmesi gerektiği yolundaki ilk görünüş ispatı, hayat tecrübesi kuralları ya da fiili karineler yardımıyla hâkimin bir kanaate ulaşmış olması, fakat bu

yükü ile delil ikame yükü kavramları birbirinden ayrıdır, çünkü ispat yükü kuralları maddi hukukta bulunup taraflar arasında yer değiştirmez, delil ikame yükü kuralları ise usul hukukunda düzenlenmiştir ve taraflar arasında yer değiştirmesi mümkündür-Bknz: Atalay, Oğuz: (Menfi Vakıalar), ss.17-18, 20-21; Toraman, Barış, s.1490; Umar, Bilge/ Yılmaz, Ejder, s.32; Taşpınar, Sema, 546. Ayrıca Bknz: Atalay, Oğuz: (Menfi Vakıalar), s.21: “*Hekimin mesleki hatası sebebiyle açılan tazminat davasında, hastanın elinde hiçbir delil bulunamaması ve fiil ile zarar arasındaki illiyet bağıni veya karşı tarafın kusurunu ispata yarayacak delillerin ve bilgilerin iddia eden kişi elinde bulunmadığı bir durumda, karşı tarafa geçen yük ispat yükü değil, somut delil ikame yüküdür*”.

Belirtmekte fayda vardır ki, eğer hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi mevcut ise; ispat yükü zarar gören hastada değil, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu 112. maddesi gereğince, kusursuzluğun ispatı hekimde olacaktır (sözleşmeden kaynaklanan borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda borçlu kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini, kısaca kusursuzluğunu ispatlamalıdır). Ancak, bir sözleşme ilişkisi bulunmuyorsa, genel norm gereği (HMK m.190) kusurun ispatı zarar gören hasta tarafından gerçekleşir. Bknz: Başözen, Ahmet, ss.12-13. Ayrıca bknz: Polat, Metin:*Hekimin Kusuru ve İspatı* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), T.C Melikşah Üniversitesi, Kayseri 2011.

⁸⁴“*Hasta ve yakınları zarar ile kusurlu fiil arasındaki illiyet bağıni kesin delillerle ispata yükümlü olmayıp, ilk görünüş ispatı veya emarelere dayalı ispat yeterli olacaktır.*”- Erçeltik, Erman, s.144, 175, 200.Fakat, belirtmekte fayda vardır ki, ameliyat sırasında meydana gelen depreme bağlı olarak hastanın ölmesi gibi mücbir sebepler varsa, veya üçüncü kişinin kusuru veya hastanın kendi kusuru sonucu hasta zarara uğramışsa, illiyet bağı kesilir ve hekim sorumlu tutulamaz: Bknz: Doğan, Murat, s58.

⁸⁵Doğan, Murat, S.55: “*Hastanın hekimin kusurlu olduğunu ispatlaması gerekmez. İspat yükü hekimin üzerinde olup, hekimin kusurlu olmadığını ispatlaması gerekir. Hekim, zararlı sonucun ihmalden değil, kötü rastlantıdan kaynaklandığını ispat etmelidir.*” Ayrıca bknz: Erçeltik, Erman, s.177: “*Özel sağlık kurum ve kuruluşu hayat tecrübelerine göre hekim hatası olarak kabul edilecek davranışın ciddi derecede gerçekleşme olasılığını (komplikasyon) ispatlayabiliyorsa, bu durumda ilk görünüş ispatı çökecektir*”.

kanaatin, delil ikame yükü kendisine geçen tarafın (yani hekimin) karşı ispat faaliyeti ile sarsılamamış veya çürütülememiş olmasına dayanacaktır.⁸⁶

Sonuç olarak bir taraf, ileri sürdüğü vakıayı ispat etmekte zorlanıyorsa, ilk görünüş ispatı ve fiili karineler sayesinde ileri sürdüğü vakıayı ispat etmekle yükümlü olmayacaktır. İlk görünüş ispatında; ileri sürülen vakıa, olayların tipik akışına göre kabul edilmiş sayılır. Fiili karinelerde ise; karine temelini ispatladıktan sonra, karine sonucunu ispatlamaya gerek kalmaz. Dolayısıyla ispat zorlukları ortadan kalkmış olur.

Sonuç

Çalışmamızın konusunu, genel olarak ispat ve ilk görünüş ispatı oluşturmaktadır. Çalışmada görüldüğü gibi, ispat; bir iddianın doğru ve gerçek olup olmadığı konusunda hâkimi inandırma veya ikna etme faaliyeti olarak tanımlanmaktadır. Davadaki taraflar, dayandıkları vakıaların doğruluğunu göstermek için delil sunarlar, hâkim ise delilleri değerlendirdikten sonra kanaate ulaşır. Bir davadaki taraf, dayandığı vakıaları ispat edemezse veya ispat ederse ancak karşı taraf aksini ispat ederse; her ne kadar haklı olursa olsun, aleyhine karar verilir.

Kural olarak, ispat yükü kendi lehine hak çıkaracak olan tarafa aittir. Ancak bazı durumlarda, ispat faaliyetine gerek kalmaz. İspatın gerekmediği hâller şu şekilde sıralanabilir: çekişmesiz vakıalar, ikrar, herkesçe bilinen vakıalar ve karineler.

⁸⁶Atalay, Oğuz: (Menfi Vakıalar), s.21; Albayrak, Hakan, s.17.

İspat, doğrudan ve dolaylı ispat olarak ikiye ayrılmaktadır. Doğrudan ispat, bir vakıayı ona doğrudan gösteren delillerle ispat etmek anlamına gelmektedir. Örneğin bir haksız fiil davasında, haksız fiili bizzat işlendiğini gören tanığın ifadesi, doğrudan bir ispat türü teşkil etmektedir. Dolaylı ispat ise; emare teşkil eden komşu vakıaların varlığına dayanarak, çekişmeli vakıa hakkında hâkim tarafından bir sonuca varılması (delillerin değerlendirilmesi) yoluyla ispata çalışmak anlamına gelmektedir.

İlk görünüş ispatı, tam ispatın mümkün olmadığı hâllerde, dolaylı bir ispat türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir vakıanın aksinin de muhtemel olduğu ileri sürülmedikçe, hayat tecrübelerine, tipik hayat akışına göre, ancak öyle gerçekleşmiş olabileceğini ve ilk görüldüğü şeklinin kabulünü esas alır. Fiili karinelere benzer olarak, hukuk kurallarına dayanmaksızın, her ikisinde tek bir vakıadan hareketle, belirsiz bir vakıa ispat edilmiş sayılacaktır. Ayrıca belirtmekte fayda vardır ki ispat güçlüğü bulunan hâllerde, fiili karineler ve ilk görünüş ispatı, ispatsızlığın riskini taşıyan tarafa *kolaylık* sağlamaktadır.

Kaynakça:

Akçaal, Mehmet, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İlaç Üreticisinin Hukukî Sorumluluğu*, Ankara Barosu Dergisi, 2012/2013.

Albayrak, Hakan, *Yaklaşık İspat*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), T.C Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2012.

Atalay, Oğuz, *Delil Kavramı Üzerine*, Halûk Konuralp Anısına Armağan I (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi) Ankara 2009 (Delil Kavramı).

Atalay, Oğuz, *Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı*, İzmir 2001 (Menfi Vakıalar).

Başözen, Ahmet, *Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Tazminat Davalarında İspat Sorunları*, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S.119, Ocak 2012.

Burrows, Andrew, *English Private Law*, 3.Bası, Oxford, 2013.

Cooke, John, *Law of Tort*, 9. Bası, 2009.

Çifçi Türkel, Pınar, *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırları*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), T.C Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2016.

Çil, Şahin, *6100 Sayılı HMK'ya Göre İş Yargısında İspat Yükü ve Deliller*, İÜHFM C. LXXII, S.2. 2014.

Doğan, Murat, *Özel Hastanelerin Tazminat Sorumluluğu*, Uluslararası Hukuk Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları 306, Ankara 2015.

Elliot, Catherine/Quinn, Frances, *Tort Law*, 9. Bası, 2013.

Erçeltik, Erman, *Özel Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğu*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), T.C Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2011.

Karakaş, Fatma Tülay, *Karın Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar*, AÜHFD, 62(3), 2013.

Karşlı, Abdurrahim, *Medeni Muhakeme Hukuku*, 4.Bası, İstanbul, 2014.

Kılıçoğlu, Evren, *Medeni Yargılamada Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Delillerin Kullanılması* (Yayınlanmamış Doktora Tezi), T.C Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011.

Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü* (II.Cilt), 6.Bası, İstanbul 2001. (Hukuk Muhakemeleri).

Kuru, Baki, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku*, Ankara 2016 (İstinaf Sistemi).

Kuru/Baki, Arslan, Ramazan, Yılmaz, Ejder, *Medenî Usul Hukuku (Ders Kitabı)*, 25.Bası, Ankara 2014.

O'Hare, John/ Browne, Kevin, *Civil Litigation*, 16.Bası, London, 2013.

Okrent, Cathy, *Torts and Personal Injury Law*, 5. Bası, 2014.

Owen, Richard, *Essential Tort Law* 3. Bası, 2000.

Pekcanıtez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet, *Medenî Usûl Hukuku*, 14. Bası, Ankara, 2013 (Medeni Usûl Hukuku).

Pekcanıtez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet, *Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 4.Bası, 2010.

Polat, Metin, *Hekimin Kusuru ve İspatı* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), T.C Melikşah Üniversitesi, Kayseri 2011.

Quinn, Frances, *Tort Law*, 2012.

Tanrıver, Süha, *Medeni Usul Hukuku*, Cilt 1: Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Ankara 2016.

Taşkın, Ahmet, *Mobbing Davalarında İspat Sorunu*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XX, S.2, Yıl:2016.

Taşpınar, Sema, “*Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü*”, AÜHFD, C.45, S.1-4, 1996.

Toraman, Barış, “*Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler*” Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez’e Armağan II (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi) C.16, Özel Sayı 2014, (Basım Yılı 2015).

Turner, Chris/ Hodge, Sue, *Unlocking Torts*, 3. Bası, 2013.

Ulukapı, Ömer, *Medeni Usul Hukuku*, 2.Bası, 2014.

Umar, Bilge/ Yılmaz, Ejder, *İspat Yükü*, 2.Bası, İstanbul 1980.

Yıldırım, Mehmet Kamil, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul 1990.

Zuckerman, Adrian, Zuckerman on Civil Procedure Principles of Practice, 3.Bası, London, 2013.

Kuzey Kıbrıs Hukukunda Karinelerle İspat

Ar. Gör. Fatma Alaslan*

İNCELEME PLANI: Giriş, §1 Genel Olarak Karine Kavramı §2 Karinelerin Benzer Kavramlarla Olan İlişkisi §3 Karinelerin Türlerine Göre Sınıflandırılması I. Kanuni Karineler A. Genel Olarak B. Kanuni Karinelerin Konusuna Göre Sınıflandırılması 1. Genel Olarak 2. Olay (Vakıa) Karinesi a. Genel Olarak b. Haksız Fiil Hukuku'nda Olay Karinesi İle İspat 3. Hak Karinesi a. Genel Olarak b. Taşınmaz Mal Hukuku'nda Hak Karinesi İle İspat c. Aile Hukuku'nda Hak Karinesi İle İspat d. Kıymetli Evrak Hukukunda Hak Karinesi İle İspat C. Kanuni Karinelerin Aksinin İspat Edilip, Edilememesine Göre Sınıflandırılması 1. Genel Olarak, 2. Adi Karineler a. Genel Olarak b. Aile Hukuku'nda Adi Karineler c. Taşınmaz Mal Hukuku'nda Adi Karineler d. Sözleşmeler Hukuku'nda Adi Karineler 3. Kesin Karineler, a. Genel Olarak b. Aile Hukuku'nda Kesin Karineler c. Sözleşmeler Hukuku'nda Kesin Karineler II. Fiili Karineler A. Genel Olarak B. Aile Hukuku'nda Fiili Karineler **Sonuç Kaynakça.**

Özet: Karineler belli bir olaydan belli olmayan bir olay hakkında, hukuki bir sonuca varılmasını sağlamaktadırlar. Karineler, kendi içerisinde kanuni karineler ve fiili karineler olmak üzere ikiye ayrılmaktadırlar. Kanuni karineleri kendi içerisinde de kategorize etmek mümkündür.

*Yakın Doğu Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi.

Kuzey Kıbrıs Hukuku'nda karinelerin kanuni karine veya fiili karine şeklinde keskin bir ayrımı yapılmamıştır. İspat hukukunda, ispat yükünün kimde olduğunun belirlenmesi açısından etkin bir rol oynayan karineler, Aile, Taşınmaz Mal, Poliçeler, Sözleşmeler ve Haksız Filler Yasası'nda düzenlenmişlerdir.

Anahtar Kelimler: Karine, Kanuni Karine, Fiili Karine, İspat Hukuku, İspat Yükü

Abstract: Presumptions ensure a legal conclusion is reached about an event that is not so obvious from the start. When taking presumptions into consideration, we can say they are divided into two groups: legal presumptions and presumptions of fact. It is also possible to divide legal presumptions into various categories.

The law in the Turkish Republic of North Cyprus does not provide a clear distinction between legal presumptions and presumptions of fact. However, when taking into account the law of proof, presumptions play an effective role in determining who bears the burden of proof. The provisions relating to presumptions are found in Family Law, the Law on Immovable Property, Policies, Contract and Tort law.

Keywords: Presumption; Legal Presumption, Presumption of Fact, Law of Proof, Burden of Proof.

Giriş

“Kuzey Kıbrıs Hukukunda Karinelerle İspat” konulu çalışmamızda, karinelerin genel olarak ne anlama geldiği, ispat hukuku bakımından ne denli önem arz ettikleri vurgulanmaya çalışılacaktır. Söz konusu çalışmada Türk hukukunda yer alan karinelerin, Kuzey Kıbrıs hukukuna ne şekilde yansıtıldıkları, Türk hukukundan farklı olarak Kuzey Kıbrıs hukukunda yer alan karinelerin maddi hukuk ve ispat hukuku bakımından ne şekilde düzenlendiği ele alınarak, ispatın kolaylaştırılması hususundaki etkileri anlatılacaktır.

Bu çalışmamızda, Aile Yasası’nda, Taşınmaz Mal Yasası’nda, Poliçeler Yasası’nda, Haksız Fiiller Yasası’nda ve Sözleşmeler Yasası’nda yer alan karinelerin saptanması ve ispat hukuku bakımından etkileri anlatılırken, İngiliz Hukuku ve Türk Hukukunda yer alan benzer karinelerin ortak yönleri veya farkları da ortaya konulacaktır.

§1 GENEL OLARAK KARİNE KAVRAMI

Karineler Türk Hukukunda olduğu gibi Kuzey Kıbrıs Hukukunda da birçok yasada düzenlenmiş şekilde karşımıza çıkmaktadırlar. Hukukumuzda ve Türk Hukuku’nda karinenin ne anlama geldiğine ilişkin olarak herhangi bir yasal düzenleme mevcut değildir. Ancak doktrinde en genel şekilde, karine, belirli bir vakıadan, belirli olmayan bir vakıanın varlığına veya yokluğuna ilişkin bir hukuki sonuç çıkartılması şeklinde tanımlanmaktadır¹. Karinelerin

¹Bilge, Umar/Ejder, Yılmaz, İspat Yükü, İstanbul, 1980, s.165; Karakaş, Fatma Tülay, “*Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar*”, AÜHFD, S.62(3), 2013, s.731; Karşlı,

tanımından hareketle, bilinmeyen bir vakıaya veya hukuki duruma ilişkin olarak olumlu veya olumsuz bir sonuç çıkardıklarından dolayı, ispat hukukunda büyük bir öneme sahiptirler². Karineler, ispat hukukuna, ispat konusunun değişmesi, ispatın bazı taraflar için kolay hale gelmesi ve çekişmeli hususların tespiti bakımından katkı sağlamaktadırlar³. İspat yükü kural olarak, ileri sürülen iddiaya ilişkin olan vakıanın ispatlanmasında kendi lehine hak çıkaracak olan kişiye aittir⁴. Karinelere dayanan taraf bir ölçüde o hususu ispat etmekten kurtulurken, tamamen bu yükten kurtulmuş değildir⁵. Dolayısıyla, taraflardan biri, kanuni bir karineye dayanıyorsa, yalnızca karinenin temelini oluşturan vakıaya ilişkin olarak ispat yükü altındadır⁶. Bu durumda kanuni karineye dayanan taraf, ispat yükünün gereğini yerine getirmekten kurtulmamakta, kendisine sunulan kolaylıktan yararlanmaktadır⁷.

Abdurrahim, *Medeni Muhakeme Hukuku*, 4. Baskı, İstanbul, 2014, s.490; Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, *Medeni Usul Hukuku*, 25. Baskı, Ankara, 2014, s. 358; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku*, 4. Baskı, Ankara, 2016, s.378; Taşpınar, Sema, *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri*, Ankara, 2001, s. 152; Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara, 2006, s.359; Zuckerman, Adrian, Zuckerman On Civil Procedure Principles Of Practice, 3. Baskı, London, 2013, s.1022.

²Kuru/Arslan/Yılmaz, s.358; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 378; Topuz, Gökçen, *Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat*, Ankara, 2012, s.50.

³Umar/Yılmaz, s.176-177; Karafakih, İsmail Hakkı, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Ankara, 1952, s.178-179.

⁴Alangoya,Yavuz, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, İstanbul, 2003, s. 329; Belgesay, Mustafa Reşit, *Mecellenin Külli Kaideleri ve Yeni Hukukun Ana Prensipleri*, İstanbul, 1947, s.50; Burrows, Andrew, *English Private Law*, United Kingdom, 2013, s.1369; Karafakih, s.168; Tutumlu, Akif, “*Hukuk Yargılamasında Delil İkamesinin Kapsamı, Şekli ve Zamanı*”, TBBD, S.6, 1989, s.925; Umar, Bilge, *Hukuk Muhakemeleri Şerhi*, İstanbul, 2012, s. 542; Zuckerman, s.1016.

⁵Kuru, Baki, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku*, İstanbul, 2016, s.324; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.359; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.378.

⁶Karlı, s.490; Kuru, İstinaf, s.324; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.378; Tanrıver, Süha, *Medeni Usul Hukuku*, 5. Baskı, Ankara, 2016, s.784.

⁷Tanrıver, s.784; Karlı, s.490.

İngiliz hukukunda karinelerle ispat bakımından bazı tartışmalar söz konusudur. Belirtmek gerekir ki, bu hukuk sisteminde, bazı yetki yerlerinde, karineler ispatın bir parçası olarak görülürken bazı yetki yerleri ise karineleri ispatın dışında tutmaktadırlar⁸. Oysa ki, karineler, ispat yükünün kimde olduğunun belirlenmesinde önemli bir rol oynarlar. İngiliz hukukunda kişiler arasında oluşabilecek haksız fiil veya sözleşme ihlaline ilişkin olarak düzenlenmiş bulunan bazı karineler vardır⁹. İngiliz hukukunun uzantısı şeklinde devam eden K.K.T.C hukukuna baktığımız zaman ise, aynı paralellikte devam eden düzenlemelerin olduğunu söylemek mümkündür. Haksız Fiiller Yasasında, Sözleşmeler Yasası'nda , Aile Yasası'nda, Poliçeler Yasası'nda ve Taşınmaz Mal Yasası'nda bu karinelere rastlamak mümkündür.

§2 KARİNELERİN BENZER KAVRAMLARLA OLAN İLİŞKİSİ

İspat hukuku bakımından oldukça önem taşıyan karineleri, bazı kavramlarla olan ilişkilerini, benzerliklerini ve farklarını ortaya koymak adına varsayım, ilk görünüş ispatı ve emare ispatı kavramlarına ilişkin yapılacak açıklamaların faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Varsayımlar karinelerle birlikte ele alınsalar da, doğrudan doğruya ispat hususuyla ilişkili olduklarını söylemek doğru değildir. Şöyle ki, varsayımlar sayesinde belli bir olaya kanun vasıtasıyla bir sonuç bağlanmakta; ancak, o bağlanan sonuç vasıtasıyla ihtilaflı olan husus ispatlanmış sayılmamaktadır¹⁰. Oysaki karinelerde, belli bir olaydan hareketle, belli

⁸Rhee, Van/ Uzelac, A., *Evidence in Contemporary Civil Procedure*, United Kingdom, 2015, 283.

⁹Rhee/Uzelac, s.283.

¹⁰Karakaş, s. 753; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s.381.

olmayan bir olay hakkında bir sonuca varılmakta ve varılan sonuç sayesinde o husus ispatlanmış sayılmaktadır¹¹. Varsayımlarda ise belirli bir olaya kanun tarafından bir sonuç bağlanırken, bazen de belirli bir olaya bağladığı sonucu, diğer bir olay için de doğrudan kabul etmektedir¹². Varsayımlar belirsiz bir olayla ilgili ispat hususunu aydınlatmak maksadıyla düzenlenmemişlerdir. Burada, (a) vakıası da (b) vakıası da bilinmektedir¹³. Varsayımlarla, kanuni olay karinelerine bakıldığı zaman, iki vakıa arasındaki bağlantı ve ilişkinin içeriği birbirinden farklılık göstermektedir. Varsayımlarda varlığı bilinen bir olayın hukuki sonucu ile varlığı bilinen başka bir olayın sonucu aynı kabul edilirken, kanuni olay karinesinde varlığı bilinen bir olaydan varlığı bilinmeyen bir olay hakkında bir sonuca varılması gündeme gelmektedir¹⁴.

Karinelerle benzerlik gösteren bir diğer kavram ise ilk görünüş ispatıdır. Karineler gibi bu kavramda ispat hukuku bakımından oldukça önemlidir. Söz konusu bir vakıayı doğrudan değil de dolaylı bir şekilde ispat etmek mümkünse, ilk görünüş ispatı gündeme gelecektir¹⁵. Bir vakıanın hayat tecrübelerine göre, aksinin muhtemel olduğu ileri sürülmediği müddetçe varlığı kabul edilebiliyorsa, özellikle hakkında delil olmayan ve ispat güclüğü bulunan bir vakıanın tecrübe kurallarıyla yani ilk görünüş ispatıyla ispatlanmış sayılacağı fiili karinelerle olan benzerliğini ortaya koymaktadır¹⁶. Fiili karinelerde olduğu gibi tecrübe kuralları aracılığıyla bilinmeyen bir olaya

¹¹Karakaş, s. 736; Ulukapı, s.335; Taşpınar, s. 152; Topuz, s. 59.

¹²Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.381.

¹³Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.382; Taşpınar, s.155; Topuz, s. 63.

¹⁴Karakaş, s. 754; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.382; Topuz, s. 66.

¹⁵Ulukapı, Ömer, *Medeni Usul Hukuku*, 2. Baskı, Konya, 2014, s. 335; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.400-402.

¹⁶Yıldırım, Mehmet Kamil, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul, 1990, s.128; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.687-688.

ilişkin sonuca varılarak o sonuç ispatlanmış sayılacaktır¹⁷. Fiili karinelerle ilk görünüş ispatı arasındaki bir diğer benzerlik ise, her ikisinin hukuk kuralına dayanmaksızın, yaşam deneyi kuralları, hayat tecrübesi kurallarına göre şekillenmeleri ve bir sonuca varılmasına olanak sağlamalarıdır¹⁸. Bu iki kavram arasındaki en temel farklılık ise, ilk görünüş ispatı sayesinde ispatlanmış sayılan vakıya karşı yapılacak olan ispat faaliyeti karşı ispatken, karine sayesinde ispatlanmış kabul edilen vakıanın ise, aksini iddia eden tarafça, aksini ispat faaliyetinde bulunulabileceğidir¹⁹.

İspat hakkının gerçekleşmesine katkı sağlayan bir diğer kavram ise, emare ispatıdır. Emare ispatı, iddia edilen vakıayı doğrudan yansıtan ve böylece kanaat elde edilmesine kolaylık sağlayan delillerle değil, ispatı kolaylaştıracak veya sağlayacak komşu vakıalar aracılığıyla uyumsuzluk hususunda hakimnin delilleri değerlendirmesi sonucu elde ettiği kanaatle ispat hususunu aydınlatmaya çalışma şeklindeki çabasıdır²⁰. Emare ispatı ile ilk görünüş ispatı arasındaki en temel fark, emare ispatında ihtilafli hususun ispatına yarayan birden fazla komşu vakıanın bir araya gelerek bunu sağlamasıyken, ilk görünüş ispatında tek bir vakıanın ispata olanak sağlamasıdır²¹. Karinelerin aksine, ilk görünüş ispatında olduğu gibi emare ispatında da ispatlanmış sayılan hususa ilişkin olarak karşı tarafın gerçekleştireceği ispat faaliyeti, karşı ispat olacaktır²².

¹⁷Yıldırım, s.128; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.689.

¹⁸Taşpınar, s.536; Karslı, s.491.

¹⁹Albayrak, Hakan, Yaklaşık İspat, Konya, 2012, s.14; Taşkın, Ahmet, “*Mobbing Davalarında İspat Sorunu*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XX, S.2, 2016, s.418; Yıldırım, s.136.

²⁰Albayrak, s.22; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.458;

²¹Ulukapı, s.336.

²²Albayrak, s.14; Taşkın,s. 418; Yıldırım, s.136.

§3 KARİNELERİN TÜRLERİNE GÖRE SINIFLANDIRILMASI

I. Kanuni Karineler

A. Genel olarak

Belli bir vakıadan belli olmayan bir vakıanın varlığına veya yokluğuna ilişkin olarak kanun tarafından çıkarılan hukuki sonuçlar kanuni karine olarak adlandırılmaktadır²³. Kanuni karinenin varlığından söz edebilmek için, karine temelinde bir koşul vakıanın, karine sonucunda ise, karine temelini teşkil eden vakıa ile doğrudan bir ilgisi olmayan, bir hukuksal çıkarımın yani karine sonucunun varlığının söz konusu olması gerekmektedir. Bu iki unsurdan birinin eksik olması halinde kanuni karineden bahsetmek mümkün değildir²⁴.

Kanuni karineler, ispat yükünün gerçek istisnasını oluşturmaktadırlar²⁵. Her ne kadar Türk Medeni Kanun'un 6. maddesi, davacı iddiasını ispat etmek zorundadır, şeklinde düzenlenmiş olsa da karineler, bu kuralın istisnasını teşkil ederler²⁶. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 190. maddesinin ikinci fıkrasında, bir karineye dayanan tarafın, uygulanmasını istediği hukuk kuralının koşul vakıalarının ispatının gerekmediği, karine temeli olan vakıanın ispatlanmasının yeterli olacağı düzenlenmiştir. Karine

²³ Alangoya, s.334; Bilge, Necip/Önen, Ergun, *Medeni Yargılama Hukuku*, Ankara, 1987, s.505; Karşlı, s.490; Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6. Baskı, İstanbul, 2001, s.2012; Kuru, İstinaf, s.324; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.358; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.379; Tanrıver, s.783; Topuz, s.59; Umar, Bilge/ Yılmaz, Ejder, *İşbat Yükiü*, İstanbul, 1980, s.167.

²⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.379; Tanrıver, s.783; Topuz, s.60; Umar/Yılmaz, s.167.

²⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.380; Kuru, s.2012; Kuru, *İstinaf*, s.324; Tanrıver, s.784; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.358.

²⁶ Alangoya, s.334; Karşlı, s.491; Kuru, İstinaf, s.324; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.358; Topuz, s. 62.

lehine olan taraf, o olayı ispat etmekle yükümlü olmayıp²⁷, karinenin temelini oluşturan vakıanın ispatı ile yetinecektir²⁸.

B. Kanuni Karinelerin Konusuna Göre Sınıflandırılması

1. Genel olarak

Hukukumuzda kanuni karinelerin konusuna göre ayrımını yapan herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Ancak Türk hukukunda yer alan ayrımın yasal düzenlemelerimize de yansımış olması gözden kaçmamaktadır. Dolayısıyla kanuni karinelerin konusuna göre, olay karinesi ve hak karinesi olmak üzere ikiye ayrıldıklarını söylemek mümkündür²⁹

2. Olay (Vakıa) Karinesi

a. Genel Olarak

Belli bir hukuki sonucu meydana getirmek üzere varlığı gerekli olumlu veya olumsuz bir olayın vuku bulduğunun, var olduğu anlaşılan ancak bu hukuki sonuçla bağlantısı olmayan başka bir olaydan çıkarılmasına imkan tanıyan yasa hükümleridir³⁰. Olay karinelerine ilişkin olarak verebileceğimiz örnek Türk hukukunda ve İngiliz hukukunda yasal düzenleme içerisinde yer alan ölüm karinesidir. Türk hukukunda, ölümün ispatını kolaylaştırmak adına ölüm karinesi ve birlikte ölüm karinesi şeklinde iki düzenleme mevcuttur. Bir

²⁷Topuz, s.62; Kuru, İstinaf, s.324; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.359.

²⁸Atalay, Oğuz, *Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı*, İzmir, 2001, s.47; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.379; Tanrıver, s.784; Topuz, s. 62.

²⁹Taşpınar, Sema, “*Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü*”, AÜHFD, 1996, C.45, S.1-4, s. 534; Taşpınar, *İspat* s.153-154; Topuz, s.55;

³⁰Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.380; Tanrıver, s.783; Topuz, s.66; Taşpınar, s.535; Taşpınar, *İspat*, s.153.

kimsenin ölümüne kesin surette bakılacağı şekilde kaybolması halinde, bu kişinin cesedi bulunmamış olsa dahi gerçekten ölmüş sayılmaktadır. Böylesi bir durumda ölümü iddia edenlerin yani ölüm karinesine dayananların, yalnızca kişinin ölüm tehlikesi içinde kaybolduğu olayı ispat etmeleri yeterlidir³¹. Birden çok kişinin ölümü halinde ise bu kişilerin hangisinin daha önce öldüğünün saptanamaması yani ölüm anının saptanamaması halinde, hepsinin aynı anda ölmüş oldukları birlikte ölüm karinesi olarak düzenlenmiştir³². Birlikte ölüm karinesi aksi ispat edilebilen karineler arasında yer almaktadır. Dolayısıyla ilgililer ölüm sırasını delil sınırlaması olmaksızın ispat ederek, karineyi etkisiz hale getirebileceklerdir³³. İngiliz hukukunda ise ölüm karinesi, ölüm tehlikesi içerisinde kaybolan bir kimseden yedi yıl boyunca herhangi bir haber alınamaması halinde cesedi bulunmasa dahi ölmüş sayılacağı şeklinde düzenlenmiş olup, ölüm karinesine dayanan tarafın, öldüğü iddia edilen kişinin içinde kaybolduğu olayı ve yedi yıl boyunca hiçbir şekilde haber alınamadığını ispatlaması gerekmektedir³⁴. Supreme Court Civil Rules'a göre, bir kimsenin kaybolduğu sonucunu doğuran olayın kişinin yaşadığına dair herhangi bir ihtimal vermemesi, uzun süre bu kişiyi kimsenin görmemesi, bu kişiden haber alınamaması, yaşadığı ihtimalini ortadan kaldıran sebeplerin var olması halinde kişinin ölmüş sayılacağı kabul edilmektedir³⁵.

³¹Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, 11. Baskı, İstanbul, 2013, s.26;

³²Dural/Öğüz, *Kişiler*, s.28.

³³Dural/Öğüz, *Kişiler*, s.28.

³⁴Zuckerman, s.1025; Dural/Öğüz, *Kişiler*, s.26.

³⁵*Presumption Of Death Act*, 2013, <http://www.bclaws.ca/>, (ET:27.11.2016).

b. Haksız Fiil Hukuku'nda Olay Karinesi ile İspat

Haksız Fiil Yasası'nda olay karinesine ilişkin bazı düzenlemeler mevcuttur. Söz konusu düzenlemelere bakıldığında, 12. maddede, işverenin kusursuz sorumluluğu düzenlenmiştir. Buna göre, herhangi bir kişinin yaptığı veya yapacağı bir fiile katılan veya böyle bir fiilin yapılmasına yetki veren, yol gösteren tavsiyede bulunan, emreden, yapılmasını sağlayan veya yapıldıktan sonra onaylayan herhangi bir kişi bu gibi bir fiilden sorumlu olur şeklindeki düzenleme bir kusur karinesi teşkil etmekte, bu karine işveren ile işçi arasındaki hukuki ilişkinin bir sonucu değil de, bir olayın sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. İlk derece mahkemesine konu olan bir davada, iş adamı olan davacı, arabasını yıkatmak üzere, davalının benzin istasyonuna gitmiş ve arabasını davalının çalışanlarına bırakmıştır. Davacı ile birebir muhatap olmayan davalı aracı yıkamak üzere yıkama yerine götürmüştür. Söz konusu yıkama fiili gerçekleştirildikten sonra araç kurulanmak üzere yıkama yerinden çıkarılıken alev almıştır. Yangın sonucunda aracın hasar gördüğü ve bunun sorumluluğu gündeme gelmiştir³⁶. Aynı şekilde maddenin 1. fıkrasının b bendinde, çalıştırdığı kişi dışındaki başka bir kişiyi bazı fiilleri kendi adına yapması için vekili ve ajanı olarak yetkilendiren kişinin³⁷, yetkilendirdiği kişilerin fiilin icrasında, yapılan herhangi şeyden ve yapılış tarzından veya biçiminden sorumlu olacağı yine bir olay karinesi olarak kendini göstermektedir.

³⁶Yargıtay Hukuk;27/89 , Dava No:2132/87, D.13/90, www.mahkemeler.com, (ET:27.11.2016).

³⁷Yargıtay Hukuk;103/2009, Dava No: 4153/2006, D. 8/2013, www.mahkemeler.com, (ET:27.11.2016).

Yasa'nın 13. maddesinde ise, işveren, fiilin yapılmasına yetki vermişse veya sonradan yapılmasını onaylayacağı bir fiil ise ya da bu fiil işin görülmesi esnasında yapılmışsa, işverenin sorumluluğu gündeme gelirken, işverenin sorumlu olduğunu iddia eden taraf bu olay karinesine dayanacaktır.

3. Hak Karinesi

a. Genel Olarak

Kanuni karinelerin bir türü olan hak karineleri, bir hakkın veya bir hukuki ilişkinin halihazırda var olduğunu veya olmadığını ortaya koyan karinelerdir³⁸. Bu karinelerde bir hakkın veya bir hukuki ilişkinin var olup var olmadığı asıldır³⁹. Kanun metninden hareketle varılan hukuki sonuç teknik bir kavrama ilişkin ise söz konusu kanun metninin bir hak karinesi teşkil ettiğini söylemek mümkündür⁴⁰. Hak karineleri daima bilinen veya saptanmış belli bir olaydan hareket etmektedir⁴¹. Türk Hukuku'nda, bir taşınırı zilyet sıfatıyla elinde bulunduran kimsenin o şeyin maliki sayılması, hak karinesine bir örnek teşkil etmektedir⁴². Şöyle ki, burada zilyetlik karinesinden yararlanan kimse, mülkiyet karinesinin temelini oluşturan, zilyetlik vakıasını yani elinde bulundurduğu o malın zilyeti olduğunu ispat yükü altında olup, o malın maliki sayıldığını ispat etmek yükümlüğü altında değildir⁴³.

³⁸Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.380; Taşpınar, s.535; Taşpınar, *İspat*, s.154; Tanrıver, s.785; Topuz, s.67; Umar, s.186; Umar/Yılmaz, s.170.

³⁹Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.380; Topuz, s.67.

⁴⁰Topuz, s.74.

⁴¹Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.380; Tanrıver, s.786; Umar/Yılmaz, s.170.

⁴²Oğuzman, Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay Özdemir, Saibe, *Eşya Hukuku*, 19. Baskı, İstanbul, 2015, s.95; Topuz, s.67.

⁴³Kuru, *İstinaf*, s.324; Sirmen, Lale, *Eşya Hukuku*, 3. Baskı, Ankara, 2015, s.78.

b. Taşınmaz Mal Hukukunda Hak Karinesi İle İspat

Taşınmaz Mal (Tasarruf, Kayıt ve Kıymet Takdiri) Yasası'nın 22. maddesinde, herhangi bir arazi üzerinde yabani olarak yetişen bir bitki veya herhangi bir arazi üzerinde bir kimse tarafından ekilen ağaçların veya bir kimse tarafından inşa edilen herhangi bir bina, inşaat veya yapının arazi sahibinin malı sayıldığı yönündeki yasal düzenleme, karine teşkil etmektedir. Hukukumuzdaki bu karine bir hakkın varlığına bağlı olduğundan, hak karinesi niteliğini taşımaktadır. Çünkü, bir kimsenin arazisi üzerinde sonradan bir başkası tarafından inşa edilen bina, inşaat gibi yapılar üzerinde mülkiyet hakkının kazanması, arazi üzerindeki mülkiyet hakkından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla binanın, inşaatın kendisine ait olduğunu iddia eden kişiye karşı bu hak karinesine dayanan tarafın yani arazi malikinin, karine temelini oluşturan arazi sahipliğini ispatlaması yeterlidir. Yüksek Mahkeme huzuruna gelen bir davada, iki komşu taşınmazın sahipleri arasında, her iki taşınmazın ortasında bulunan duvarın mülkiyetinin kime ait olacağı hususu tartışılmıştır⁴⁴. Kanaatimizce, duvarın kendisine ait olduğunu idda eden tarafın, karine teşkil eden Taşınmaz Mal Yasası'nın 22. maddesinden hareketle, duvarın üzerinde bulunduğu toprağın kendisine ait olduğunu ispatlaması gerekmektedir.

c. Aile Hukukunda Hak Karinesi ile İspat

Hak karinelerine ilişkin bir başka düzenleme de, İngiliz hukukunda ele alınmıştır. Bu ülke hukukuna göre, evlilik birliği devam ederken karı

⁴⁴Hukuk İstinaf No: 16/72, Dava No. 212/71, Limasol, www.mahkemeler.com, (ET: 27.11.2016).

kocanın dünyaya getirdikleri çocuğun baba ile soy bağının kurulmuş olduğunu kabul etmektedir. Çocuk ile baba arasında soybağının var olduğunun kabul edilmesi için, evlilik birliği devam ederken dünyaya gelmesi veya eşler arasında, evlilik birliği içerisinde çocuk yapmaya ilişkin bir niyetin olması gerekmektedir⁴⁵. Dünyaya gelen çocuğun annesi onu doğuran kişi olmakla beraber, bu kadının birden fazla adamla cinsel beraberlik yaşaması neticesinde çocuğun babasının bu adamlardan hangisi olduğu yönünde problemlerle karşılaşmak mümkündür. İngiliz mahkemesi böyle bir durumla karşılaşılması halinde, kadınla evli olan adamı çocuğun babası saymakta ve çocuk, baba olarak kabul edilen bu kişinin kanuni haklarından soybağı ilişkisi sebebiyle faydalanmaktadır⁴⁶.

İngiliz hukukuna göre, çocuğun doğumundan sonra annenin başka bir adamla yeniden evlenmesi halinde, çocuğun babası ikinci evlilikteki koca sayılacaktır⁴⁷. Çocuğun evlilik birliği içerisinde dünyaya gelmediğini dolayısıyla baba ile arasında bir soy bağının söz konusu olmadığını iddia eden tarafın bu iddiasını ispatlaması gerekmektedir, şeklinde bir düzenleme söz konusudur⁴⁸. Bu iddiada bulunan baba ise, çocuk ile arasında bir soybağının bulunmadığı iddiasını dayandığı vakıları ispat etmekle yükümlüdür⁴⁹. İngiliz hukukunda yalnızca evlilik içerisinde meydana gelen çocuğun soybağından bahsetmekte, evliliğin son bulmasından sonra dünyaya gelen çocuğun soybağına ilişkin herhangi bir düzenleme söz konusu değildir. Ancak, İngiliz mahkemesi, bakmış olduğu bir davada, eşler boşandıktan

⁴⁵“Duhaime’s Law Dictionary”, <http://www.duhaime.org/>, (ET:23.11.2016).

⁴⁶Amphill Peerage Case 1977.

⁴⁷Zuckerman, s.1023.

⁴⁸Burrow, s.1369; Topuz, s.107; Zuckerman, s.1023.

⁴⁹Family Law Reform Act 1969, s.26.

itibaren 304 gün içerisinde meydana gelen çocuğun babasının, kadının kocası olacağı yönünde bir karar vermiştir⁵⁰. Hukukumuzda ise yalnızca evliliğin devam ettiği süre içerisinde dünyaya gelen çocuğun durumu ele alınmamakta bunun yanı sıra boşanma veya ölüm halinde çocuğun soybağının ne olacağına ilişkin düzenleme de bulunmaktadır. Ancak İngiliz hukukundan farklı olarak, boşandıktan sonra dünyaya gelen çocuğun babasının, eşin ikinci kez evlenmesi halinde yeni kocanın baba olacağı yönünde açık bir düzenleme bulunmamakta ancak 302 günlük sürenin dikkate alınarak bir sonuca varıldığı kanaatindeyiz.

Aile Yasası'nın 40. maddesinde Nesebin Sahih Addolunması hususuna ilişkin düzenlemede, evlilik birliği içerisinde veya evliliğin boşanma ya da eşin ölümü ile son bulduğu tarihten itibaren 302 gün içerisinde dünyaya gelen çocuğun soy bağı kurulmuş olur şeklindedir. Bu maddenin 2. fıkrasına göre, koca çocuğun doğumunu öğrendiği tarihten itibaren başlayarak bir ay içerisinde dava açarak çocuğun nesebini reddetme imkanına sahiptir. Karine teşkil eden soybağına ilişkin bu düzenlemenin aksini ispat etmek mümkündür⁵¹. Şöyle ki, ilgili yasanın ikinci fıkrasında yer alan düzenlemeye göre, çocuğun doğum bilgisi kendine gelen koca, doğumu öğrendiği tarihten itibaren bir ay içerisinde dava açarak çocuğun nesebini reddebilecektir. Böylesi bir durumda ispat yükü davayı açan kocaya ait olacaktır. İlk derece mahkemesine dava konusu olan bir olayda, koca karısına karşı şiddetli geçimsizlik sebebine dayanarak boşanma davası açmaktadır. Söz konusu davanın açıldığı tarihte davalı eş dört aylık hamiledir. Ancak davacı koca çocuğun kendi nesebine ait olmadığı iddiasında bulunmaktadır. Eşler

⁵⁰Harvard Law Review, <http://harvardlawreview.org/>, (ET:23.11.2016).

⁵¹Dural/Öğüz/Gümüş, *Aile*, s. 258; Tanrıver, s.786.

boşandıktan sonra dünyaya gelen bu çocuğun babası ilgili maddede belirtildiği üzere, genel kural itibariyle, kocadır. Fakat koca burada baba olmadığı iddiasında bulunmaktadır. Burada evlilik birliği devam ederken hamile kalınması ve evlilik birliğinin son bulmasından sonra dünyaya gelen bu çocuğun babasının kendisi olmadığını iddia eden davacı kocanın bu iddiasını kanıtlaması gerekmektedir. Bu olayda Aile Mahkemesi ihtilafli olan bu durumun aydınlanabilmesi için DNA testi yaptırmış ve söz konusu test neticesinde davacı kocanın bu iddiası doğrulanmıştır⁵².

d. Kıymetli Evrak Hukukunda Hak Karinesi İle İspat

Hukukumuzda Bono ve Çek Yasası'nda karine teşkil edecek herhangi bir yasal düzenleme mevcut olmadığından, Fasil 262 Poliçeler Yasası'nda karine teşkil eden düzenlemeye yer verilmiştir. İlgili yasanın 30. maddesinde belirtilen koşullar gerçekleşmediği müddetçe, poliçede imzası görülen şahısların veya poliçeyi elinde bulunduran şahısların poliçeyi kıymetli bir ivaz karşılığı elinde bulundurdıkları yasal karine olarak kabul edilmektedir. Bu madde dikkate alındığında bir çeki elinde bulunduranın ivaz karşılığı elinde bulundurduğu, yasal karine teşkil ettiğinden, çeki alan kişinin, hukuka uygun bir ivaz karşılığında çeki aldığını iddia etmesi ve bu yasal karineye dayanması mümkündür. Böylesi bir durumda ivaz karinesine dayanan tarafın karşısında olan taraf yani ivaz karinesi aleyhine olan tarafın, bunun meşru bir ivaz olmadığını ispatlaması gerekmektedir. İlgili maddeye göre, elinde bulunduranın söz konusu ivazı hile, cebir, şiddet, korku veya yasa dışı

⁵²Yargıtay Aile Hukuk, 14/2003, Dava No:163/2001, D.2/2005, www.mahkemeler.com, (ET:24.11.2016).

yollardan elde ettiğinin iddia edilmesi halinde, çeki elinde bulunduran kişi karine temelini oluşturan bu vakıaları ispatlayacaktır.

C. Kanuni Karinelerin Aksinin İspat Edilip Edilememesine Göre Sınıflandırılması

1. Genel olarak

Kanuni karineler kendi içerisinde aksinin ispat edilip edilememesine ilişkin olarak adi ve kesin karineler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁵³. Bu ayırım karineye dayanan tarafın ispat yükü bakımından önem arz etmektedir. Zira, aksi ispat edilebilen karine gücünü kaybederken, kesin karine geçerliliğini koruyacaktır⁵⁴.

2. Adi Karineler

a. Genel Olarak

Kanun taraflardan birini ispat yükünden muaf tutarsa, diğer taraf bu karinenin geçersizliğini ispat edebilmektedir⁵⁵. Aksinin ispat edilmesi mümkün olan karineler, adi karine olarak adlandırılmaktadır⁵⁶. Aksi ispat edilebilen karineler hak karineleri olabilecekleri gibi, olay karineleri de olabilirler. Dolayısıyla somut olayda dayanılan hak karinesinin veya olay

⁵³Karakaş, s.736; Topuz, s.68; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.380; Tanrıver, s.786; Karşlı, s.491; Umar, s.555.

⁵⁴Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.380; Karşlı, s.491; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.359;

⁵⁵Karafakih, s.171; Karakaş, s.738; Topuz, s.68.

⁵⁶Karakaş, s.738; Taşpınar, s.534; Tanrıver, s.786; Topuz, s.68; Bilge, Necip/Önen, Ergun, *Medeni Yargılama Hukuku*, Ankara, 1978, s.506; Karşlı, s.491.

karinesinin aksini ispat ederek, bu karine etkisiz hale getiriliyorsa, çürütülebiliyorsa adi karinenin varlığı söz konusu olur⁵⁷. Karineye dayanan tarafın karşısında yer alan yani karine aleyhine olan tarafın söz konusu karineyi etkisiz hale getirebilmesi için, sadece karinenin doğru olmadığı veya somut olayda uygulanmasının mümkün olmadığı şeklinde genel bir iddiada bulunulması yeterli olmayıp, karine sonucunu somut olay için ortadan kaldırabilecek vakıaların hangileri olduğu açıkça belirtilmeli ve bunlar hakkında delilde gösterilmesi gerekmektedir⁵⁸.

b. Aile Hukukunda Adi Karineler

Hak karinesi olan ve 1/98 sayılı Aile Yasası'nın, "*Çocuklara İlişkin Kurallar*" başlığı altında, 40. maddede düzenlenmiş olan soybağına ilişkin bu hükmün, Türk hukukundaki karşılığı, babalık karinesidir⁵⁹. Aksinin ispat edilmesi mümkün olduğundan bu karine de adi karinelere sayılmaktadır. Hukukumuzda yer alan bu karineye göre, evlilik içerisinde doğmuş olan çocuğun veya eşler boşanmış iseler boşanma tarihinden itibaren 302 günlük süre içerisinde doğan çocuğun babasının kim olacağını düzenlemektedir. Türk hukukunda ise bu süre 300 gündür⁶⁰. Söz konusu düzenlemeye göre bu çocuğun babası, kocadır. Bu karineye dayanan tarafın karşısındaki taraf bu karinenin aksini ileri sürerek bu karineyi çürütme imkanına sahiptir⁶¹.

⁵⁷Karşılı, s.491; Karakaş, s.738; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.359; Topuz, s.68.

⁵⁸Atalay, s.51.

⁵⁹Baygın, Cem, *Soybağı Hukuku*, İstanbul,2010, s. 20; Dural/Öğüz/Gümüş, *Aile*, s.254.

⁶⁰Baygın, s.20; Dural/Öğüz/Gümüş, *Aile* s.257

⁶¹Topuz, s.68; Dural/Öğüz/Gümüş, *Aile*, s.257.

c. Taşınmaz Mal Hukukunda Adi Karineler

Taşınmaz Mal Yasası'nın 22. maddesinde düzenlenmiş olan bir diğer aksi ispat edilebilen hak karinesi de mülkiyete ilişkin olan düzenlemedir. Burada karineye dayanan tarafın, arsa sahibi olduğunu yani karine temelini ispatlaması gerekmektedir, bu karineyi çürütmeye çalışan tarafın ise, karşı tarafın mülkiyet hakkı olmadığını veya bu hakkın ortadan kalktığını ispatlaması gerekecektir⁶².

d. Sözleşmeler Hukukunda Adi Karineler

Bir sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için diğer geçerlilik şartlarının yanı sıra, tarafların teklif ve kabullerinin birbiriyle örtüşmesi ve öngörülen usule uygun şekilde yapılması gerekmektedir⁶³. Sözleşmeler Yasası'nın 7. maddesinde aksi ispat edilebilen bir hak karinesi söz konusudur. Hukuki bir ilişkiyi baz alan bu karinede, teklife icabın, hangi yöntemle veya ne biçimde kabul edileceği belirtiliyorsa ancak kabul eden kişi bu kabul beyanını öngörülen yöntem veya biçime uygun olarak yerine getirmiyorsa, teklifte bulunan taraf, kabulün kendisine iletilmesinden sonra makul bir süre içerisinde teklifin belirtilen yöntem veya biçimde yapılması halinde kabul edilmesi gerektiği ve başka biçimde kabul edilemeyeceği hususunda ısrar etmesi mümkündür. Ancak kabulün yapılması biçimi ve yöntemine ilişkin ısrar etmemesi halinde, teklifte bulunan bu kabulü kabul etmiş olur şeklinde bir düzenleme söz konusudur. Teklifte bulunan kişi öngörülen makul süre içerisinde kabulü yapılmış biçimine veya yöntemine sesini çıkarmayıp daha

⁶²Topuz, s.102.

⁶³Kılıçoğlu, Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Ankara, 2013, s.53.

sonrasın bu kabulü kabul etmediğini dile getirirse, kabulü gerçekleştirmiş olan taraf bu karineye dayanabilecektir. Böylesi bir durumda karine sonucunun değil, makul sürede bu itirazın yapıp yapılmadığının ispatı yeterli olacaktır.

Sözleşmeler Yasası'nın 19. maddesine göre, bir anlaşmaya ilişkin muvafakat, zorlama, hile veya yanıltıcı beyan yoluyla elde edilirse, gerçekleştirilen bu anlaşma, muvafakati bu biçimde elde edilen tarafın istemi üzerine geçersiz kılınabilen bir sözleşme sayılır şeklindedir. Burada bir hukuki ilişki mevcut olduğundan hakim bu hukuki ilişki vasıtasıyla bilinmeyen belli bir olay için sonuca varacaktır. Sözleşmenin geçersiz sayılacağı bu karinenin sonucunu teşkil etmektedir. Karine temelini oluşturan vakıalar ise, bu anlaşmanın kurulmasında gerekli olan muvafakatin zorlama, hile ve yanıltıcı beyan yoluyla alınmış olmasıdır. Karine aleyhine olan tarafın, zorlama, hile ve yanıltıcı beyanlarda bulunmadığı ispat etmesi gerekmektedir.

Yasada söz konusu karinenin kesin karine mi yoksa adi karine mi olduğuna ilişkin herhangi bir açıklığın bulunmaması halinde, karinenin adi karine sayılacağı kabul edilmektedir⁶⁴. Kanaatimizce böyle bir yaklaşım neticesinde, karşı ispat sayesinde ispat hakkının kullanılması mümkün olacaktır.

⁶⁴Tanrıver, s.786; Umar/Yılmaz, s.172; Topuz, s.68; Umar, s.187.

3. Kesin Karineler

a. Genel Olarak

Yasada bir karinenin aksinin ispat edilmesinin mümkün olduğu belirtilmişse bu karinenin kesin karine olduğundan söz etmek mümkün değildir⁶⁵ Şayet, Kanun karinenin aksinin ispatlanmasını mümkün kılmıyorsa işte bu karineler, kesin karine olarak adlandırılmaktadırlar⁶⁶. Kesin karinelerin kabulü, hakim aksi kanaatte olsa dahi, mecburilik teşkil etmektedir⁶⁷. Türk hukukunda, tapu sicilinde kayıtlı olan bir durumun kendisince bilinmediği yolunda bir iddianın ileri sürülemeyeceği, rızası fesada uğrayan kişinin, bir yıl içerisinde sözleşmeyi feshetmemesi halinde, sözleşmeye onay vermiş sayılacağı, İİK'nun 44. maddesinin 4. fıkrasının c bendinde adı sayılan kişilerin iyi niyet iddiasında bulunamayacakları, İİK'nun 278. maddesinde sayılan tasarrufların, bağış niteliğinde olduğu ve ilgililerin bu tasarrufların bağışlama olmadığını iddia ve ispat edemeyecekleri, boşanma sebeplerinden herhangi birine dayanarak açılmış bulunan boşanma davasının reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleşmesi tarihinden itibaren üç yıl geçmesi halinde, her ne sebeple olursa olsun ortak hayatın yeniden kurulmaması halinde evlilik birliğinin temelden sarsılmış sayılacağına ilişkin olarak yer alan tüm bu yasal düzenlemeler kesin karinelere örnek teşkil ederler⁶⁸.

⁶⁵Umar/Yılmaz, s.172; Topuz, s.68; Umar, s.187; Kuru, *İstinaf*, s.324.

⁶⁶Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.380; Tanrıver, s.786; Topuz, s.68; Karafakih, s.171; Karşı, s.491; Umar/Yılmaz, s.172.

⁶⁷Karafakih, s.171; Topuz, s.115.

⁶⁸Alangoya, s.334; Tanrıver, s.787; Karşı, s.491; Kuru/Arsan/Yılmaz, s.359; Kuru, s.2006; Kuru, *İstinaf*, s.324; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.380.

b. Aile Hukukunda Kesin Karineler

Hukumumuzda, 22 Haziran 2015 tarihli Yeni Değişiklik Yasası'yla yeniden şekillenen 1/98 sayılı Aile Yasası'nın 24. maddesinin 3. fıkrasında, boşanma davasının açıldığı tarihte, tarafların sürekli biçimde ve iki yıl boyunca ayrı yaşamış olmaları halinde, evlilik birliğinin temelden sarsılmış sayılacağı ve eşlerden birinin bu sebeple açacağı dava üzerine, tarafların kusur durumuna bakılmaksızın boşanmaya karar verileceği şeklindeki düzenleme ile bu maddenin, 2. fıkrasının A bendinde, evliliğin en az bir yıl sürmesi halinde eşlerin birlikte veya eşlerden biri tarafından açılan boşanma davasını diğer eşin kabul etmesi halinde boşanmanın gerçekleşeceğine dair bir hüküm yer almaktadır. Söz konusu anlaşmalı boşanma durumunda, tüm bu şartların gerçekleşmesi halinde evlilik birliğinin temelden sarsılmış olacağı kabul edilmektedir. Temel kural, bir vakıayı iddia eden tarafın, o vakıayı ispat etmekle yükümlü olduğu yönündedir⁶⁹. Evlilik birliğinin sarsılmış olduğu kesin karine olarak kabul edilmektedir⁷⁰.

Yukarıda sayılan şartlarda evlilik birliğinin temelden sarsıldığının kabulüne ilişkin düzenleme, Türk hukuk sisteminde de kendini göstermektedir. Türk Medeni Kanunu'nun 164. maddesinin 3. ve 4. fıkrasında düzenlenen anlaşmalı boşanma ile fiili ayrılık sebebine dayanarak mahkeme önüne giden boşanma davasında evlilik birliğinin temelden sarsılmış olduğu kabul edilmekte ve bu iki fıkra kesin karine teşkil etmektedir⁷¹. Bu iki hüküm kesin kanuni karine olup bu durumun aksi iddia ve ispat edilemez. Taraf,

⁶⁹Burrows, s.1369.

⁷⁰Karakaş, s.747; Topuz, s.69.

⁷¹Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, 12. Baskı, İstanbul, 2014, s.120-122; Topuz, s.69

iddianın ispatı olarak kesin bir karineye dayanmışsa, bu karinenin aksinin ispatı mümkün olmayacağından, bu karineye dayanan tarafın iddiasını ispatlamış olduğu kabul edilmektedir⁷². Ancak bu durum, kesin karine aleyhine olan tarafın kesin karinenin temelinde yatan vakıaların var olmadığını ispatlamak üzere, karşı tarafın dayandığı kesin karinenin sonucunu bertaraf etme olanağını da ortadan kaldırmamaktadır⁷³.

c. Sözleşmeler Hukukunda Kesin Karineler

Her iki tarafın olgusal bir hususta yanlışlığı düşmesinin anlaşmayı geçersiz kılacağı hususunu düzenleyen Sözleşmeler Yasası'nın 21. maddesi, aksi kararlaştırılmayan ve bu şekilde gerçekleştirilen bir anlaşmanın kesin surette geçersiz olacağının kabulü, kesin karine örneğini karşımıza çıkarmaktadır. Sözleşmeler Yasası'nın 98. maddesinde bir başka kesin karine teşkil eden hükme rastlanmaktadır. Bu ilgili hüküm, kefaletle teminat altına alınmış bulunan bir borcun ödeme vadesi geldiğinde veya kefaletle konu bir borcun esas borçlu tarafından ifa edilmesinde temerrüde düşüldüğünde, kefil yüklendiği tüm yükümlülükleri ödemesi veya yerine getirmesi üzerine, alacaklının esas borçluya karşı sahip olduğu tüm haklara sahip olur, demektedir.

⁷²Karlı, s.491; Kuru/Arsan/Yılmaz, s.358; Topuz, s.68; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.380; Tanrıver, s.787.

⁷³Tanrıver, s.787.

II.Fiili Karineler

A. Genel olarak

Herhangi bir hukuk kuralında düzenlenmiş olmayıp, hakimın hayatın olağan akışı veya yaşam konusunda şekillenen tecrübe kurallarından hareketle belli olmayan olaylar hakkında sonuç çıkarmasıdır⁷⁴. Bu karineler, yaşam deneyi kurallarından hakimın bir kanaat elde etmesini sağlayan karinelerdir⁷⁵. Fiili karineler, doğal karine, tecrübe kuralları, beşeri karineler, yaşam karinesi olarak da adlandırılmaktadır⁷⁶. Fiili karineler tıpkı, kanuni karineler de olduğu gibi karine temeli ve karine sonucundan oluşmaktadırlar⁷⁷. Ancak kanuni karinelerden farklı olarak, bu karinelerin karine sonucu önceden belirlenmiş değildir⁷⁸. Fiili karine lehine olan taraf, o hususu ispatlamış sayılırken, karşı tarafın da fiili karinenin aksini ispat edebilme imkanı vardır⁷⁹. Dolayısıyla taraflardan ispat yükü üzerine düşen taraf söz konusu belli vakıayı ispat edecek ve hakim de bu durumdan bir sonuç çıkaracak böylece, belirli olmayan husus ispat edilmiş sayılacaktır⁸⁰.

⁷⁴Taşpınar, s.536; Topuz, s.56; Karşlı, s.491; Bilge/Önen, s.505; Postacıoğlu, İlhan, *Medeni Usul Hukuku, İstanbul*, 1978, s.528; Umar/Yılmaz, s.165.

⁷⁵Edis, Seyfullah, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ankara, 1997, s.365; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.379; Tanrıver, s.789; Karşlı, s.491; Karafakih, s.171; Umar/Yılmaz, s.165.

⁷⁶Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.379; Tanrıver, s.789; Taşpınar, *İspat*, s.153; Umar/Yılmaz, s.165.

⁷⁷Kuru, *İstinaf*, s. 324; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.379; Tanrıver, s.789.

⁷⁸Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.379; Tanrıver, s.789; Kuru, s.2006.

⁷⁹Kuru, *İstinaf*, s.325; Kuru, s.2006; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.358; Tanrıver, s.789.

⁸⁰Edis, s.365; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.379; Topuz, s.122.

B. Aile Hukukunda Fiili Karineler

Aile Yasası'nın 24. maddesinin 6. fıkrasında, ailevi ilişkilerinin birlikte yaşamı olanaksız kılacak veya çekilmez halde sokacak derecede gerginleşmiş olması halinde eşler boşanma davası açabileceklerdir. Bu sebep, hukukumuzda evlilik birliğinin temelden sarsılması veya eski Aile Yasası'na göre şiddetli geçimsizlik şeklinde ele alınmıştır. Yüksek mahkeme huzuruna gelen bir dava, taraflar arasındaki hayata bakış, düşünce ve kültürel farklılıkların olduğu; bu durumun özel yaşamları ve çocuklarıyla ilgili ortak karar almalarında hep zıtlaşmalarına neden olduğu; dolayısıyla, bu sebeplerden ötürü taraflar arasında meydana gelen karakter ve mizaç uyumsuzluğu, şiddetli geçimsizliğe karine saymıştır⁸¹. Yüksek Mahkemenin bir başka kararında ise, eşlerden birinin kusur ve kabahatlerinin şiddetli geçimsizlik teşkil ettiği, görülmektedir⁸².

Yüksek Mahkeme'nin önüne gelen bir davada, söz konusu davacı, boşanma davasını açtığı esnada, bir başka kadınla yaşamaya başlamış ve halen bu birlikteliğin veya Aile Hukuku'ndaki ismi ile zina fiilinin devam ettiğini vurgularken, eşin kendi eşi dışında bir başka kadınla yaşamasını zina için bir karine saymaktadır⁸³.

⁸¹Yargıtay Aile Hukuk; 3/06, Dava No:135/2003; D.1/08, www.makemeler.com, (ET:07.11.2016).

⁸²Yargıtay Aile Hukuk; 2/97, Dava No:104/95, D.1/98, www.makemeler.com, (ET:07.11.2016); Yargıtay Aile Hukuk:1/2013, Dava No:359/2010, D.1/2016, www.makemeler.com, (ET:07.11.2016).

⁸³Yargıtay Aile Hukuk; 3/06, Dava No:135/2003; D.1/08, www.makemeler.com, (ET:07.11.2016).

Sonuç

Bu çalışmada Aile, Taşınmaz Mal, Poliçeler, Haksız Fiiller ve Sözleşmeler Yasası'nda yer alan karinelerin saptanması ve ispat hukuku bakımından etkileri anlatılırken, karinelerin ispat yükünün kimde olacağının belirlenmesi hususundaki etkisi, ispat hukukuna olan katkısı ortaya konulmuştur.

Karineye dayanan tarafın, karine sonucunu değil de, sadece karine temelini oluşturan vakıaları ispatlaması gerektiğinden, hukuk sistemimizde yer alan karinelerin tespit edilmesi, karineye dayanan taraf için oldukça önemlidir.

Şöyle ki davacının açmış olduğu bir davada hedeflediği dava sonucunu elde edebilmesi için, iddiasını delillerle desteklemesi gerekmekte; aksi halde bu durum davanın reddine sebep olabilmektedir. İşte bu noktada davacının lehine olacak olan karineler davacının ispat yükü bakımından işini kolaylaştırmakta ve kendisini arzulanan sonuca yaklaştırmaktadır.

Kaynakça:

Alangoya,Yavuz, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, İstanbul, 2003.

Albayrak, Hakan, *Yaklaşık İspat*, Konya, 2012.

Atalay, Oğuz, *Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı*, İzmir, 2001.

Baygın, Cem, *Soybağı Hukuku*, İstanbul,2010.

Belgesay, Mustafa Reşit, *Mecellenin Külli Kaideleri ve Yeni Hukukun Ana Prensipleri*, İstanbul, 1947.

Bilge, Necip/Önen, Ergun, *Medeni Yargılama Hukuku*, Ankara, 1978.

Burrows, Andrew, *English Private Law*, United Kingdom, 2013.

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, 12.Baskı, İstanbul, 2014.

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, 11. Baskı, İstanbul, 2013.

Edis, Seyfullah, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ankara, 1997.

Karslı, Abdurrahim, *Medeni Muhakeme Hukuku*, 4. Baskı, İstanbul, 2014.

Karafakih, İsmail Hakkı, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Ankara, 1952.

Karakaş, Fatma Tülay, “*Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar*”, AÜHFD, S.62(3), 2013.

Kılıçoğlu, Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Ankara, 2013.

Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6. Baskı, İstanbul, 2001.

Kuru, Baki, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku*, İstanbul, 2016.

Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, *Medeni Usul Hukuku*, 25. Baskı, Ankara, 2014.

Oğuzman, Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay Özdemir, Saibe, *Eşya Hukuku*, 19. Baskı, İstanbul, 2015.

Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku*, 4. Baskı, Ankara, 2016.

Postacıoğlu, İlhan, *Medeni Usul Hukuku*, İstanbul, 1978.

Rhee, Van/ Uzelac, A., *Evidence in Contemporary Civil Procedure*, United Kingdom, 2015.

Sirmen, Lale, *Eşya Hukuku*, 3. Baskı, Ankara, 2015.

Tanrıver, Süha, *Medeni Usul Hukuku*, 5. Baskı, Ankara, 2016.

Taşkın, Ahmet, “*Mobbing Davalarında İspat Sorunu*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XX, S.2, 2016.

Taşpınar, Sema, “*Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü*”, AÜHFD, 1996, C.45, S.1-4.

Taşpınar, Sema, *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri*, Ankara, 2001.

Topuz, Gökçen, *Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat*, Ankara, 2012.

Tutumlu, Akif, “*Hukuk Yargılamasında Delil İkamesinin Kapsamı, Şekli ve Zamanı*”, TBBD, S.6, 1989.

Ulukapı, Ömer, *Medeni Usul Hukuku*, 2. Baskı, Konya, 2014.

Umar, Bilge, *Hukuk Muhakemeleri Şerhi*, İstanbul, 2012.

Umar, Bilge/ Yılmaz, Ejder, *İsbat Yüğü*, İstanbul, 1980.

Yıldırım, Mehmet Kamil, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul, 1990.

Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara, 2006.

Zuckerman, Adrian, *Zuckerman On Civil Procedure Principles Of Practice*, 3. Baskı, London, 2013.

“Protection Of Civil Liberties And Human Rights Under The Laws Of The United Kingdom, Turkey And Turkish Republic Of Northern Cyprus”

Özde Dereboylular*

Abstract: The subject matter of this article is the extent to how civil liberties and human rights are protected under the law of the UK, North Cyprus and Turkey by fully referencing to appropriate legislation and case law. First of all, we need to be able to understand what “*civil liberties*” and “*human rights*” mean. Then, the status of the European Convention on Human Rights will be discussed for each jurisdiction.

Özet: Bu çalışma İngiliz, Türk ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti hukuk sistemlerinde temel hak ve özgürlüklerin nasıl korunduğunu mevzuat ve içtihat kararlarını değerlendirmek suretiyle incelemektedir. Bu doğrultuda öncelikle, “*özgürlük*” ve “*insan hakları*” kavramları üzerinde durulmaktadır. Ardından ise, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin bahsi geçen hukuk sistemlerindeki statüsü değerlendirilmektedir.

* Near East University, Criminal and Criminal Procedure Law, Research Assistant.

Introduction

One of the main aims of the modern law is that fundamental rights and freedoms are universally respected for all without discrimination. This principle is a natural result of human dignity and has been developed as a product of the struggle that mankind has had over the centuries by overcoming numerous obstacles. These rights have long been recognized by the constitutions at national level and are secured by domestic law rules. In contrast, the idea that human rights should also be protected at a universal level is relatively new and has gained weight since the second half of the 20th century.

The main objective of this article is to answer two basic questions; firstly, what are civil liberties and secondly; how does the law protect them in the UK, TRNC and Republic of Turkey today by fully referencing to appropriate legislation and case law. With the aim of answering these questions, it will firstly be discussed what are civil liberties by giving examples and briefly mentioning the difference between human rights and civil liberties. Then, it will be illustrated how civil liberties and human rights are protected by law in these two jurisdictions. The main emphasis of this work will be on the status of the European Convention on Human Rights (ECHR) in each jurisdiction.

I. Civil Liberties and Human Rights

The title of this article refers to both “*civil liberties*” and “*human rights*”. The latter phrase is commonly used in international context, for instance in documents such as the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) and the ECHR⁸⁴. At national level, sometimes only “*basic rights*”⁸⁵ and sometimes “*basic rights, freedoms and assignments*”⁸⁶ are used. So can we jump to the conclusion that the concepts of “*civil liberties*”, “*freedoms*” and “*fundamental rights*” are synonymous? Or are there any differences that may be important in making sense of these concepts? There is, of course, a great overlap between them. For instance, freedom of expression which is recognised as a “*human right*” by both the UDHR (Art. 19) and the ECHR (Art. 10) can also be described as a “*civil liberty*” in that it is an important part of citizens’ rights as a participant in the political process⁸⁷.

There are, couple of ways in which it may be helpful to differentiate between these phrases. First, there is the question of difference between a “*right*” and a “*liberty*”. “*Right*” is a strong and difficult concept to describe. However, it is a certain fact that the idea of human rights has emerged in the modern age in search of protection from political repression. Human rights, as a word, can be defined as the rights that a person has because he is just a

⁸⁴Stone, Richard, Textbook on Civil Liberties and Human Rights, OUP, Oxford 2014, p. 3.

⁸⁵For example, the second part of the Constitution of Republic of Turkey entitled “*Fundamental Rights and Assignments*”.

⁸⁶An example of this can be seen in the second part of the TRNC Constitution.

⁸⁷Stone, Civil Liberties and Human Rights, p. 4; Foster, Steve, Human Rights and Civil Liberties, Pearson, Edinburgh 2003, p. 13.

person⁸⁸. It is an abstract and invariable authority that people possess because they are personable and social⁸⁹. Essentially, human rights are the political norms of how the state and institutions should treat people. The source of basic value protected by human rights is the value of man himself⁹⁰.

There is no common and unchangeable definition of human rights that is accepted by all⁹¹. In a broad sense, these rights arise from being a human being. In a narrow sense, human rights are fundamental rights and they are indispensable⁹². The source of basic value protected by human rights is the value of man himself. Although there is no common and unchangeable definition of human rights that is universally accepted, there is no hesitation about the fact that most of them are the most basic ontological reality of man, the law of freedom⁹³. A great deal of these rights are freedom rights. Many of them entitle the owner to freedom.

It can be argued that the “*human rights*” provide a overall framework of general freedoms that more specific “*civil liberties*” can operate. In this sense, human rights become more fundamental than civil liberties. For example, consider the right to a fair trial as guaranteed by Article 6 of the ECHR. Without a doubt, this is a human right and there are various ways in

⁸⁸Donnelly, Jack, *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*, Yetkin, Ankara 1995, p. 19.

⁸⁹Akad, Mehmet/Vural Dinçkol, *Bihterin, Genel Kamu Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul 2013, p. 229.

⁹⁰Erdoğan, Mustafa, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Orion, Ankara 2012, p. 28.

⁹¹Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancakdar, Oğuz/Önok, Rifat Murat, *İnsan Hakları El Kitabı*, Seçkin, Ankara 2016, p. 27.

⁹²Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, *El Kitabı*, p. 27.

⁹³Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi*, p. 33; Fenwick, Helen, *Civil Liberties and Human Rights*, Routledge Cavendish, London 2007, p. 8.

which such a right can be guaranteed. The article itself introduces some proposals such as the presumption of innocence and the right to legal representation. However, it cannot be said that any of these are in all circumstances *essential* to guarantee a fair trial⁹⁴. It could be said that human rights are fundamental rights that are considered to be universal to all people. Whereas civil liberties, may be those specific rights and freedoms recognised by a given country.

Finally, it might be helpful to draw attention to the distinctions between “*political*”, “*social*” or “*economic*” rights. Political rights include right to life, freedom of person, freedom of speech, prohibition of discrimination etc⁹⁵. All of these are indispensable rights in a democratic state. These are the rights protected in all international texts in order to demonstrate human rights. Such rights are also called “*first generation rights*”. On the other hand, economic and social rights (or “*second-generation rights*”) include right to work, housing, education, etc⁹⁶. A distinction may be drawn on the basis that political rights do not in general call for any resources to be provided for people to be able to enjoy them. On the other hand, economic and social rights will usually require the allocation or redistribution of some of the resources⁹⁷.

⁹⁴The right to legal representation might, for example, be replaced by providing for independent supervision of police questioning and redefining the role of the “*judge*” so as to act more in the role of protector of the defendants’ rights.

⁹⁵Shorts, Edwin/Than, Claire de, *Civil Liberties*, Sweet & Maxwell 1998, London, p. 12-14; Stone, *Civil Liberties and Human Rights*, p. 9.

⁹⁶Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, *El Kitabı*, p. 60-65; Stone, *Civil Liberties and Human Rights*, p. 9.

⁹⁷Feldman, David, *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*, OUP, Oxford 2002, p. 4; Stone, *Civil Liberties and Human Rights*, p. 9.

It is undoubtedly not possible to handle all of these discussions in a healthy manner in this work. From these broad issues, we now move to a consideration of the specific ways in which civil liberties and human rights are currently protected within the UK, TRNC and Turkish Constitutions.

II. Protection of Rights and Liberties Within the UK, TRNC and Turkish Constitutions

There is no single constitutional document that provides the rules for the functioning of the Constitution of the United Kingdom and its relation to various elements (Parliament, sovereign, government, courts, etc.)⁹⁸. Prior to the Human Rights Act 1998 (HRA), the UK had no equivalent to the US Bill of Rights, or the Canadian Charter of Rights: that is a document which sets out a range of fundamental freedoms and to which the government, legislature and courts must have regard in deciding what laws to enact and enforce, or how such laws should be interpreted⁹⁹. The enactment of the HRA 1998 has altered this position significantly and this will be discussed in the next section of this work.

The protection of human rights and civil liberties in the UK largely rested in the hands of Parliament and the courts. It was expected that “*the Parliament would not pass laws that would inflict excessive harm on*

⁹⁸Parpworth, Neil, Constitutional and Administrative Law, OUP, Oxford 2012, p. 3-13, Barnett, Hilaire, Constitutional and Administrative Law, Routledge Cavendish, New York 2011, p. 26-43; Stone, Civil Liberties and Human Rights, p. 10.

⁹⁹Fenwick, Human Rights and Civil Liberties, p. 121; Stone, Civil Liberties and Human Rights, p. 10.

*individual freedoms; the courts were expected to interpret the law in the greatest possible degree of freedom, in accordance with the ordinance clearly stated by the common law, or the will of the Parliament through legislation”*¹⁰⁰. It can be said that, some judges, at least, saw their role in maintaining the rule of law as providing protections for fundamental human rights. While attempting to achieve this purpose, they faced a particular problem in relation to the unwritten English constitution was understood, and was understood to operate¹⁰¹.

Slapper and Kelly states *“the freedom of individual action in English law was not based on ideas of positive human rights in which could not be taken away, but on negative liberties: that is, individuals subjects were entitled to do whatever was not forbidden by the law”*¹⁰². This was particularly troublesome when linked to the doctrine of parliamentary sovereignty, which, in effect, meant that parliament was free to restrict, or even lift individual liberties at any time merely by passing the necessary legislation¹⁰³.

In contrast to the UK, there is a codified constitution in the Turkish Republic of North Cyprus (TRNC). After the announcement of the TRNC; which was established on November 15, 1983, work was started to prepare a constitution. The 1985 Constitution, which is still in force, was published in

¹⁰⁰Stone, Civil Liberties and Human Rights, p. 10.

¹⁰¹Slapper, Gary/Kelly, David, The English Legal Sytem, Routledge Cavendish, London 2012, p. 45.

¹⁰²Slapper/Kelly, English Legal System, p. 49.

¹⁰³Wilson, Steve/Rutherford, Helen/Storey, Toney/Worthley, Natalie, English Legal Sytem, OUP, Oxford 2016, p. 238; Slapper/Kelly, Eglish Legal System, p. 49.

the Official Gazette, on May 7, 1985 and entered into force¹⁰⁴. In this legal system, the Constitution is the highest standard of law. As a natural consequence of the constitutional superiority and binding principle, the laws cannot be contrary to the Constitution (TRNC Constitution, Article 7).

The 1985 Constitution contains a wide range of fundamental rights, covering a significant portion of fundamental rights and freedoms. These rights were not only counted, but also reinforced with detailed provisions and additional security¹⁰⁵. The second part of the Constitution of 1985, entitled *basic rights, freedoms and assignments*, contains very detailed regulations on the subject. According to the Constitution, “*every person has basic rights and freedoms that are bound to person, untouchable, inalienable and indispensable*” (Article 10/1). The second paragraph of the same article states as: “*The State shall abolish all political, economic and social obstacles restricting the fundamental rights and freedoms of persons in a way that is incompatible with the principle of peace, social justice and state of law, and prepare the conditions for the development of the material and spiritual existence of the person*” (Art 10/2). The limitation of fundamental rights and freedoms in the 1985 Constitution is bound to certain conditions. Accordingly, provided that these rights are not touched on, the public benefit may be restricted by law only for reasons such as public order, general morality, social justice, national security, general health and security of life and property of persons (Art 11).

¹⁰⁴Sağlam, Fazıl, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasa Dersleri, Near East University Publications, Nicosia 2016, p. 4.

¹⁰⁵Sağlam, Anayasa Dersleri, p. 147.

As in the case of the TRNC, there is a codified constitution as the highest legal norm in the Republic of Turkey as well. According to the 1982 Constitution, which is still in force “*Everyone possesses inherent fundamental rights and freedoms which are inviolable and inalienable*” (Art. 12). Restrictions on fundamental rights and freedoms are regulated in the 13th Article of the Constitution. According to the Article, “*Fundamental rights and freedoms may be restricted only by law and in conformity with the reasons mentioned in the relevant articles of the Constitution without infringing upon their essence. These restrictions shall not be contrary to the letter and spirit of the Constitution and the requirements of the democratic order of the society and the secular republic and the principle of proportionality*”.

It is undoubtedly not enough that certain constitutional provisions are included in the constitution to protect and improve fundamental rights and freedoms in a given country. What is important is that, these rights and freedoms that come out of the institutional area brought into real effectiveness. In order for this to take place, fundamental rights and freedoms should also be protected effectively at international level.

III. Status of the ECHR in Domestic Law

1. The Convention In General

The political, social and economic collapse after the Second World War in Europe has led to the adoption of the idea of establishing a new continent. It had the belief that the unity to be established would prevent the emergence of new dictatorships and the once again widespread destruction of

Europe. Those objectives were perceived to be promoted, in part, by the adoption of a uniform Convention designed to protect human rights and fundamental freedoms¹⁰⁶.The Council of Europe was established on 5 May 1949 as the product of such a movement. Subsequently, the Council started to work on the preparation of a human rights convention for the protection and development of human rights, which is among its main objectives¹⁰⁷.The ECHR was signed in Rome on 4 November 1950 by ten member states of the Council of Europe and entered into force on 3 September 1952.

The Convention was designed to guarantee the protection of basic rights against the state.The rights guaranteed by the Convention have been defined as clearly and comprehensively as possible and their borders have been broadly established. While most of the assured rights are included in the main text of the Convention, some of them are included in the additional protocols which have been subsequently issued and over time the scope of the Convention has been extended. Today the Convention has thirteen additional protocols.The rights guaranteed by the Convention are broadly regulated and provide a further level of legal protection because of the establishment of an international judicial review mechanism based on the “*common assurance*” system¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Gözübüyük, Şeref/Gölcüklü, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, turhankitabevi, Ankara 2016, p. 7.

¹⁰⁷Barnett, Hilaire, Understanding Public Law, Routledge Cavendish, New York 2010, p. 139; Harris, David/O’Boyle, Michael/Bates, Ed/Buckley, Carla, Law of the European Convention on Rights, OUP, Oxford 2014, p. 3; Sencer, Muzaffer, Belgelerle İnsan Hakları, Beta, Ankara 1988, p. 395

¹⁰⁸Barnett, Hilaire, Constitutional & Administrative Law, Routledge, London 2011, p. 437; Gözübüyük/Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları, p.11.

2. Protection Mechanisms in the United Kingdom

Despite the fact that it was influential in the preparation of the text of the Convention, the British government had strong reservations about the Convention and its influence on British constitutional law. As a result of such reservations, it was only after 1965 that the government gave individuals the right to petition under the Convention¹⁰⁹.

According to the British constitutional theory, the ECHR is not applicable directly in domestic law without a Parliamentary Act enabling it applicable in domestic law. The attitude of the United Kingdom courts towards the Convention was, in the past, the traditional one adopted in relation to treaties. Treaties form part of international law and have no place within domestic legal order unless and until incorporated into law¹¹⁰. The courts regarded the Convention as an aid to interpretation but had no jurisdiction directly to enforce the rights and freedoms under the Convention¹¹¹. This could, however, of itself be significant. For example, in *Waddington v Miah* (1974), Lord Reid stated – having referred to Article 7 of the Convention prohibiting retrospective legislation – that “*it is hardly credible that any government department would promote, or that Parliament would pass, retrospective criminal legislation*”¹¹².

¹⁰⁹Barnett, Constitutional & Administrative Law, p. 395.

¹¹⁰See *Kaur v Lord Advocate* 1981 SLT 322.

¹¹¹Ryan, Mark/Foster, Steve, *Unlocking Constitutional and Administrative Law* (Unlocking Law) Routledge Cavendish, London 2014, p. 454; Barnett, Constitutional and Administrative Law, p. 395.

¹¹²Barnett, Constitutional and Administrative Law, p. 395.

Accordingly, the Convention could only have influential effect¹¹³. Two cases that illustrate this are: *R v Secretary for the Home Department ex parte Brind*¹¹⁴ and *Derbyshire County Council v Times Newspapers Ltd*¹¹⁵. In the *Brind* case, the Home Secretary had exercised a discretionary power to issue a notice prohibiting the broadcasting of the voices of any person speaking on behalf of a terrorist organisation. In a challenge primarily based on the UK government's duties under Article 10 of the Convention, the House of Lords accepted that there was a presumption that Parliament intended to comply with its obligations under international law, and make law that complied with the Convention. However, since at the time Convention rights were not incorporated into domestic law, the House of Lords took the view that where a domestic Act of Parliament permitted two interpretations, the interpretation to be preferred was that which was in line with Convention requirements. In *Derbyshire* case, which involved the question whether a local authority could sue in defamation, the Court of Appeal has stated that where there was ambiguity in English law the court was obliged to consider Article 10 of the Convention. The House of Lords, however, while agreeing with the decision of the Court of Appeal, ruled that it had come to its decision relying on the common law, not the Convention.

The inclusion of Convention rights under domestic law in accordance with the HRA1998 ultimately ended the debate over ongoing participation for decades. These long-standing controversies addressed the three main concerns, namely the criticism that the Convention was out of date and did not fit

¹¹³Barnett, Understanding Public Law, p. 144.

¹¹⁴*R v Secretary for the Home Department ex parte Brind* (1991) UKHL 4.

¹¹⁵*Derbyshire County Council v Times Newspapers Ltd*(1993) AC 534.

especially in English conditions; The judiciary does not have sufficient equipment to take over the mantle of individual rights in the face of the executive power and the concept of parliamentary sovereignty; And the concern that the “*establishment*” will affect the traditional power balance between the judges and the Parliament¹¹⁶. The HRA entered into force in October 2000 and it codifies the protections in the ECHR into UK domestic law. The effect of the law is that three ways of challenging public institutions are emerging: First, the failure to comply with the Convention rights is now the basis of legal action; Secondly, there is a new ground for judicial review, that is, the violation of human rights; And finally, the rights of the Convention can, in some cases, be used as a defense against the actions of public authorities¹¹⁷.

Section 2 of the HRA requires the court to “*take into account the judgments, decisions, declarations or advisory opinions*” of the ECtHR¹¹⁸. In *R v Horncastle, R v Marquis* (2009), the Supreme Court made an important statement of principle concerning the duty to follow the case law of the Court of Human Rights. In this case, the applicants argued that their right to fair trial had been violated, based on the decision of the ECHR in *Al-Khawaja and Tahery v United Kingdom* (2009)¹¹⁹. The Act requires, when primary and secondary legislation enters into force, interpretation and application in accordance with the rights of the Convention (section 3). However, section 3(2) clearly demonstrates that this requirement does not affect the validity,

¹¹⁶Barnett, Constitutional & Administrative Law, p. 400.

¹¹⁷Barnett, Constitutional & Administrative Law, p. 400.

¹¹⁸Fenwick, Civil Liberties and Human Rights, p. 158; Foster, Human Rights and Civil Liberties, p. 149; Barnett, Constitutional and Administrative Law, p. 403.

¹¹⁹*Al-Khawaja and Tahery v United Kingdom*, 15.12.2011, App. No: 2228/06.

continuing operation or enforcement of compliant subordinate legislation, if the primary legislation prevents the non-compliance being removed.

HRA incorporates most of the substantive rights protected under the Convention. It also ends decades of debate as to how best to protect Convention rights within the domestic legal system¹²⁰. As Hilaire Barnett notes the HRA 1998 “marks a constitutional change in relation to citizens awareness about rights, and their protection by judges in the domestic courts”¹²¹. However, the status of the Act must be briefly mentioned here. Under the constitution of the UK, and consistent with the doctrine of sovereignty of the Parliament, legislation cannot be entrenched. In other words, no “special” or “higher” status can be given according to other Acts of Parliament. In its White Paper, the government announced: “it did not intend to permit the courts to strike down Acts of Parliament, whether that legislation preceded the Act or was introduced subsequently”¹²². Thereby, Parliament’s sovereignty and, to the extent possible, the separation of powers, are preserved. The Act, in the government’s view, was “intended to provide a new

¹²⁰Slapper/Kelly, English Legal System, p. 45; Barnett, Understanding Public Law, p. 139.

¹²¹Barnett, Constitutional and Administrative Law, p. 399.

¹²² Lord Bingham summarises the operation of the HRA 1998 in *A and others v Secretary of Home Department (No 2)*: “a treaty, even if ratified by the UK, has no binding force unless it is given effect by statute or expresses principles of customary international law. The courts are applied under section 2 of the 1998 Act to take Strasbourg jurisprudence into account in connection with a Convention right, their obligation under section 3 is to interpret and give effect to primary and subordinate legislation in a way which is compatible with Convention rights so far as possible to do so and it is their duty under section 6 not to act incompatibly with Convention right. If, and to the extent that, development of the common law is called for, such development should ordinarily be in harmony with the UK’s international obligations and not ethical to them” *A v Secretary of State for the Home Department (No 2)*, 2005 UKHL 71, para 27.

*basis for judicial interpretation of all legislation, not a basis for striking down any part of it*¹²³. However, notwithstanding the careful drafting of the HRA in order to preserve sovereignty, the judges appear to be developing the concept of the “*constitutional statute*”¹²⁴.

The Act sets out some civil liberties that individuals in the UK have access to, they include right to a fair trial (Article 6), freedom of expression (Article 10), freedom of thought, belief and religion (Article 9), freedom of assembly and association (Article 11), right to marry (Article 12) and right to participate in free elections (Protocol 1, Article 3). All of these rights were already guaranteed under the European Convention on Human Rights but now they are applicable in the UK courts.

The Act “*gives further effect*” to rights and freedoms guaranteed under the ECHR¹²⁵. What this actually mean is that it does two things: (1) judges must read and give effect to legislation in a way which is compatible with the convention rights (HRA 1998, section 3); (2) it is unlawful for a public authority to act in a way which is incompatible with Convention rights (HRA 1998, section 6). While parliamentary sovereignty remains the bedrock of the British constitutional system, the HRA 1998 is an important part of an on-going reconsideration of what parliamentary sovereignty means¹²⁶. Under

¹²³Barnett, Constitutional and Administrative Law, p. 400.

¹²⁴See *R v Secretary of State for the Home Department ex parte Simms*(2000) UKHL 11; *Thoburn v Sunderland City Council* (2002) EWHC Admin 195.

¹²⁵Barnett, Constitutional and Administrative Law, p. 401.

¹²⁶ In *R v Secretary of State for the Home Department (ex parte Simms)*[2000] 2 AC 115, paras 131-132, Lord Hoffmann said that: “*Parliamentary sovereignty means that Parliament can, if chooses, legislate contrary to fundamental principles of human*

the HRA 1998 judges still has no power to amend or repeal any Act of the Parliament, they solely has the power to make a “*declaration of incompatibility*” and the Parliament at least in theory can always ignore such declarations (section 4)¹²⁷.

3. Evaluation of Post HRA 1998

The HRA 1998 brought about a major change in the way in which the law relating to civil liberties operates in the United Kingdom. It was noted in an important case *Handyside v UK*: “*some fundamental values are intrinsic to representative democracy, which gives rise to ‘the demands of pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no’ democratic society*”¹²⁸. The case was about the competing interests of freedom of expression (Article 10) and was decided some 40 years ago but the importance of the passage is valid. The Convention rights provide a systematic basis for protection of some important civil liberties that is now incorporated into domestic law of the UK. In order to evaluate the importance of the HRA 1998 it is necessary to examine several cases.

rights. The Human Rights Act 1998 will not detract from this power. This constrains upon its exercise by Parliament are ultimately political not legal. But the principle of legality means that Parliament must squarely confront what it is doing and accept the political cost. Fundamental rights cannot be overridden by general ambiguous words”

<https://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990708/obrien02.htm> (date accessed: 14.5.2017)

¹²⁷A v *Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56, para 90.

¹²⁸ *Handyside v UK*, Series A, No 24 Judgment of 7 December 1976, App. No: 549372, para 49.

**a. Balancing of Right to Respect for Privacy and
Freedom of Expression**

Article 8 of the ECHR protects the right to respect for a person's private and family life, home and correspondence. It is probably the most wide-ranging of all the rights in the Convention, covering such things as intrusions by the police onto private property, telephone tapping and surveillance, prisoners' rights to correspondence with their lawyers and the right not to have details of one's private life revealed by press¹²⁹. On the other hand, freedom of expression is at the heart of a democratic state, it needs to be exercised both individually and through a free press. Freedom of expression is guaranteed under Article 10 of the ECHR and incorporated under UK domestic law by the HRA 1998¹³⁰. Neither Article 8 nor Article 10 are absolute rights, they both have their limitations under their second paragraphs. For instance, in *Handyside v UK* the Strasbourg court found no violation of Article 10 because of the "*protection of morals*" clause under Article 10(2) the Government was found to be right to impose restrictions on freedom of expression¹³¹. In the UK there has never been either a common law or statutory right to privacy¹³². Therefore it would be appropriate to assess how these two important rights are balanced in English law today.

Campbell v Mirror Group Newspaper Ltd is one of the most important

¹²⁹Stone, *Civil Liberties and Human Rights*, p. 228.

¹³⁰ Lord Keith noted in *Derbyshire County Council v Times Newspaper* 1993 AC 534 that: "*it is of the highest importance that a democratically elected governmental body... should be open to uninhibited public criticism*".

¹³¹ *Handyside v UK*, Series A, No 24 Judgment of 7 December 1976, App. No: 549372.

¹³²*Kaye v Robertson* [1991] FSR 62.

cases in the development of English privacy law.¹³³ The House of Lords ruled that the publication of model Naomi Campbell's photographs while leaving Narcotics Anonymous meeting constituted an invasion of her privacy¹³⁴. Lord Hope emphasized that the right to privacy had to be balanced against the right of the media to publish an information. Conversely, the media's freedom of expression had to be balanced against the respect that had to be given to private life. Another important case is was *Douglas v Hello! Ltd* which the court ruled that Douglasses' privacy had been breached.¹³⁵ Sedley LJ said that “we have reached a point at which it can be said with confidence that the law recognises and will appropriately protect a right of personal privacy”¹³⁶. Following these developments, we can easily say that the concept of private life is developing in British law.

b. Prohibition of Discrimination

The actions taken by the States to protect their people from terrorism may intersect with almost all of the human rights. After the terrorist attacks of 9/11 in the USA, like many other European countries, the United Kingdom had introduced new anti-terrorism laws with the aim to safeguard against similar horrific events occurring in the UK. Some human rights groups saw them just another step in the retreat from protecting human rights and civil liberties and thought these laws were undermining the civil liberties. Anti-terrorism Crime and Security Act (2001) had attracted many criticisms as it

¹³³*Campell v MGN Ltd.* [2004] UKHL 22.

¹³⁴Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, *Law of the European*, p. 526; Foster, *Human Rights and Civil Liberties*, p. 363; Stone, *Civil Liberties and Human Rights*, p. 283

¹³⁵*Douglas v Hello*[2007] UKHL 21.

¹³⁶*Douglas v Hello*[2001] 2 All ER 289, para 110.

provided an indefinite detention for suspected foreign terrorists (section 23). The controversial section had been challenged in *A v Secretary of State for the Home Department* where the House of Lords held that the section was incompatible with the ECHR because it discriminated nationals and foreign nationals, therefore breached Article 14 of the ECHR safeguarding prohibition of discrimination¹³⁷. Lord Hoffmann stated that: “*Power of detention confined to foreigners is irrational and discriminatory. In my opinion, such power in any form is not compatible with our constitution. The real threat to the line of the nation, in the sense of a people living in accordance with its traditional laws and political values, comes not from terrorism but from laws such as these*”¹³⁸. To emphasize the importance of protection of civil liberties in the British law he noted: “*Freedom from arbitrary arrest and detention as a quintessentially British liberty... It was incorporated into the European Convention in order to entrench the same liberty in countries which had recently been under Nazi occupation. The United Kingdom subscribed to the Convention because it set out the rights British subjects enjoyed under the common law*”. Lord Nicholls said: “*indefinite imprisonment without charge or trial is anathema in any country which observes the rule of law*”¹³⁹.

The last thing that should be mentioned under this section is about the situation of Scotland. The HRA has been incorporated into Scots law by the Scotland Act 1998. The Act makes it clear that; an Act of the Scottish

¹³⁷ Article 14 is as follows “*The enjoyment of the rights and freedoms in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth and other status*”.

¹³⁸ *A v Secretary of State for the Home Department*[2004] UKHL 56 para 97.

¹³⁹ *Ibid.* para 88.

Parliament is not law so far as any provision of the Act is incompatible with any of the Convention rights (Scotland Act 1998, section 29/1-b). Under the Act, a member of the Scottish Executive has no power to make any subordinate legislation incompatible with Convention rights (section 57/2). So Scotland incorporated the HRA1998 into its own framework, and this means Scottish has no competence to act in any manner that is contrary to the Convention (section 54).

Unlike the HRA, the Scotland Act does not establish any duty on the Scottish courts to take into account Strasbourg case law (HRA section 2). However, in *Clancy v Caird*, Lord Sutherland mentioned that it is the duty of the Scottish courts to have regard to the decisions of the ECtHR when considering the interpretation of the Convention. He explained that the decisions are not precedents and should not be treated in the same way; he went on to say “*insofar as principles can be extracted from these decisions, those are the principles which will have to be applied*”¹⁴⁰.

One of the most important human rights cases in Scotland after the enactment of HRA 1998 is *Cadder v HM Advocate* which the Supreme Court of the UK held that the Scottish legislation which lets the police to interview the suspect without permitting them to consult their legal advisor prior to the questioning is incompatible with the Article 6 of the Convention¹⁴¹. This decision is based on the prior decision of the ECtHR about the issue¹⁴². After the judgment of the Supreme Court, the Scottish government made the

¹⁴⁰*Clancy v Caird* 2000 SLT 546, para 549.

¹⁴¹*Cadder v HM Advocate* (2010) UKSC 43.

¹⁴²See ECtHR *Salduz/Turkey*, Judgment of 27.11.2008, App. No: 36391/02.

necessary changes as soon as possible to make the law compatible with the Convention rights.

4. The Situation in TRNC

According to the Constitution of the Turkish Republic of Northern Cyprus, international agreements duly put into effect have the force of law (TRNC Constitution, Article 90/5). The TRNC, has made the ECHR a part of its domestic law in 1962 with Law No. 39/1962. This ratification law was adopted by the Representatives Assembly, which was the parliament of the Republic of Cyprus before the events of December 1963, in which Greek Cypriots and Turkish Cypriots participated. This situation has been preserved in the provisional Article of the 1985 Constitution of the TRNC established in 1983; *“The legislation in force at the time of the entry into force of this Constitution remains in force to the extent that it does not contravene the provisions of this Constitution”*. Thus, the rules of the ECHR on human rights and freedoms are part of the internal law of the TRNC, just as it is in the Republic of Cyprus¹⁴³. As a matter of fact, the High Court has clearly emphasized this situation in many cases before it¹⁴⁴. The Constitutional Court stated in its decision dated 26.6.2003 that the ECHR is part of the TRNC’s domestic law; But the Court also emphasized that the Convention should be applied equally as the Constitution, and should not be given higher

¹⁴³Necatigil, Zaim, Kıbrıs Uyuşmazlığı ve AİHM Kıskaçında Türkiye, Turhan, Nicosia 2006, p. 1-23.

¹⁴⁴ TRNC High Court, File No: 1-3/2001, Case No: 2/2001, Decision Date: 23.2.2001; File No: 44/2002, Case No: 4/2013, Decision Date: 19.6.2013.

emphasis¹⁴⁵.

However, as the TRNC is not recognized as an independent state, it is not a member of the Council of Europe nor is it a party to the ECHR. The bodies of the Council of Europe are members of the Council and recognize the Republic of Cyprus as a party to the Convention. For this reason, the individuals living in the TRNC must, after consuming their domestic remedies, have to lodge applications against Turkey or the Republic of Cyprus, not against the TRNC¹⁴⁶. As a matter of fact, the ECtHR has a lot of judgments against both Turkey and Republic of Cyprus regarding this issue¹⁴⁷.

5. Status of International Documents and ECHR in Turkish Law

1982 Constitution clearly states that: “*International agreements duly put into effect have the force of law. No appeal to the Constitutional Court shall be made with regard to these agreements, on the grounds that they are unconstitutional. In the case of a conflict between international agreements, duly put into effect, concerning fundamental rights and freedoms and the laws due to differences in provisions on the same matter, the provisions of international agreements shall prevail*” (Art. 90/5). As it can be understood

¹⁴⁵ TRNC Constitutional Court, File No. 24/202, Case No: 4/2003, Decision Date: 26.6.2003.

¹⁴⁶ Necatigil, Zaim, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nde Anayasa ve Yönetim Hukukunun Esasları, p. 42.

¹⁴⁷ See. ECtHR Adalı v Turkey, Judgment of 31.3.2005 App. No: 38187/97; ECtHR Amer v Turkey, Judgment of 6.7.2009, App. No: 25720/02; ECtHR Elewa v Turkey, Judgment of 20.6.2011, App. No: 36772/02. See also ECtHR Güzelyurtlu and Others/Cyprus and Turkey, Judgment of 4.4.2017, App. No: 36925/07 which is the last one of such cases.

from this article of the Constitution, the international treaties in the Turkish legal order are lawful and have direct consequences. It is worth noting that in the 90th Article of the Turkish Constitution, it is clearly stated that no appeal to the Constitutional Court shall be made with a claim of contradiction to the Constitution whereas it is possible to apply the Court for ordinary laws. This provision has led some academics to think that international conventions have a higher status than the Constitution¹⁴⁸. In response to these views, there are other opinions supporting that supremacy belongs to the Constitution¹⁴⁹. It is the authors' belief that, the fact that no application cannot be made to the Constitutional Court with regard to these convention does not make them having a higher status than the Constitution.

Turkey signed the ECHR on May 18, 1954. The Convention has been made part of the internal law by the Law No. 6366 on Consent, dated March 10, 1954. As a result, all rights and freedoms in the Convention have fallen under the obligation to obey both their own citizens and all foreigners in their country¹⁵⁰. The Convention, a part of domestic law (Art. 90/5), is applicable spontaneously without the need for national regulation in domestic law. It cannot be argued that it is contrary to the Constitution. It therefore continues to be implemented even if it is in fact contrary to the Constitution¹⁵¹. At the same time, the Convention also relates to Turkey in terms of international law.

¹⁴⁸See, İnceoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Beta, İstanbul 2013, p. 8; Çelik, Edip, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri", İHİD 1988, 47-56, p. 48-52.

¹⁴⁹Güran, Sait, "Egemenlik Ulus"undur Üstünlük Anayasada'dır", Anayasa Yargısı, S. 17, 2000, 43-62, p. 48-49.

¹⁵⁰Gözübüyük/Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları, p. 20.

¹⁵¹Gözübüyük/Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları, p. 23.

Where the rules of the Convention and the rules of domestic law are in conflict, the judge is expected to base his contractual rules and to interpret the domestic rules in accordance with the Convention.

Individuals may apply to the ECtHR after the exhaustion of domestic remedies. There are lots of decisions against Turkey concerning different articles of the Convention. It is undoubtedly not possible to cover all of them here but for the sake of clarity and to be able to consider the effectiveness of the Convention in domestic law, it might be helpful to touch upon some of them. One issue than can be mentioned is about long custody periods. This situation had led Turkey to suffer for a long time before the European Court. Turkey was heavily criticized about the issue and in many occasions, the Court decided that Turkey violated Article 5 of the Convention¹⁵². Eventually, Turkey made necessary changes in its domestic legislation to be compatible with the Convention. It is possible to increase this kind of examples for other articles of the Convention.

Conclusion

The protection of the rights and freedoms of citizens and others within their jurisdiction is a fundamental duty of the state. The importance given to the states today, is determined not only by economic or military power, but also by respect shown for human rights. Overall, the ECHR provides fundamental protection for citizens against the power of the state. As has been

¹⁵²See ECtHR Aksoy/Turkey, Judgment of 18.12.1996, App No: 21987/93; ECtHR Turkey/Atti and Tedik, Judgment of 20.10.2009, App No: 32705/02; ECtHR Kabul and Others/Turkey, Judgment of 3.1.2009, App No: 9362/04.

seen, the case law against the United Kingdom and Turkey is substantial and, in many instances, has led to considerable reform of the law. The Convention has for the most part, and despite its limitations in scope, served individuals well in the protection of fundamental rights.

In the majority of the democratic states, fundamental rights are defined and protected by law under a written constitution. Under the UK's largely uncoded (unwritten) constitution, rights and freedoms have traditionally been protected either by individual Acts of Parliament passed to meet a particular need¹⁵³ or by judges in developing the common law. The incorporation of Convention rights into domestic law under the 1998 Act put an end, finally, to the debate over whether or not to incorporate, which had endured for decades.

On the other hand, as we have examined above, in Turkish and TRNC law, international agreements duly put into effect have the force of law. This provision of the constitutions of these two legal systems is just a reflection of the determination of protecting and improving human rights and civil liberties. In Turkey, individuals may apply to the ECtHR after the exhaustion of domestic remedies. Whereas in TRNC, the individuals must, after consuming domestic remedies have to lodge their applications against Turkey or the Republic of Cyprus depending on the concerned issue because the TRNC is not recognised as an independent state, it is not a party of the Council of Europe nor is it a party to the ECHR. There are lots of decisions against

¹⁵³For instance the Race Relations Acts prohibiting discrimination.

Turkey and the Republic of Cyprus concerning different articles of the Convention.

It is not misleading to say that most of the time the states are showing their good faith to make necessary changes in its domestic legislation to achieve compatibility with the Convention and to promote more protection of human rights and civil liberties. However, there is undoubtedly a long way to go yet for all of the jurisdictions.

Bibliography:

Akad, Mehmet/Vural Dinçkol, Bihterin, Genel Kamu Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2013.

Barnett, Hilaire, Understanding Public Law, Routledge Cavendish, London 2009.

Barnett, Hilaire, Constitutional and Administrative Law, Routledge Cavendish, London 2011.

Çelik, Edip, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri”, İHİD 1988.

Donnelly, Jack, Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları, Yetkin, Ankara 1995.

Erdoğan, Mustafa, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, Orion, Ankara 2012.

Feldman, David, Civil Liberties and Human Rights in England and Wales, OUP, Oxford 2002.

Fenwick, Helen, Civil Liberties and Human Rights, Routledge Cavendish, London 2007.

Foster, Steve, Human Rights and Civil Liberties, Pearson, Edinburgh 2003.

Gözübüyük, Şeref/Gölcüklü, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, turhankitabevi, Ankara 2016.

Güran, Sait, “Egemenlik Ulus”undur Üstünlük Anayasada’dır”, Anayasa Yargısı, S. 17, 2000.

Harris, David/O’Boyle, Michael/Bates, Ed/Buckley, Carla, Law of the European Convention on Rights, OUP, Oxford 2014.

İnceoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Beta, İstanbul 2013.

Necatigil, Zaim, Kıbrıs Uyuşmazlığı ve AİHM Kıskaçında Türkiye, Turhan, Nicosia 2006.

Necatigil, Zaim, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetinde Anayasa ve Yönetim Hukukunun Esasları, Işık Kitabevi, Lefkoşa 2015.

Parpworth, Neil, Constitutional and Administrative Law, OUP, Oxford 2012.

Ryan, Mark/Foster, Steve, Unlocking Constitutional and Administrative Law (Unlocking Law) Routledge Cavendish, London 2014.

Sağlam, Fazıl, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasa Dersleri, Near East University Publications, Nicosia 2016.

Wilson, Steve/Rutherford, Helen/Storey, Toney/Wortley, Natalie, English Legal Sytem, OUP, Oxford 2016.