



İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ

ISSN: 2146-1082 e-ISSN: 2667-5714

Temmuz - Aralık 2023 Cilt:14 Sayı:2 / July-December 2023 Vol:14 No:2



Hukuk Fakültesi Dergisi

Inonu University Law Review

ISSN: 2146-1082

e-ISSN: 2667-5714



İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
İNÜHFD

INONU UNIVERSITY LAW REVIEW
İNULR

Cilt: 14 – Sayı: 2
Temmuz – Aralık 2023

Vol: 14 – No: 2
July – December 2023



2010 Yılından itibaren **TÜBİTAK - ULAKBİM** tarafından taranan dergiler arasındadır.

2010 Yılından itibaren **HEINONLINE** tarafından taranan dergiler arasındadır.

2010 yılından itibaren **EBSCOhost** tarafından taranan dergiler arasındadır.

2018 yılından geçerli olmak üzere **INDEX COPERNICUS** tarafından taranan dergiler arasındadır.

2017 yılından geçerli olmak üzere **INDEX TO FOREIGN LEGAL PERIODICALS** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2019 yılından geçerli olmak üzere **DOAJ** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından itibaren **Cardiff Index to Legal Abbreviations** tarafından taranan dergiler arasındadır.

2010 yılından geçerli olmak üzere **ERIHPLUS** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından geçerli olmak üzere **WorldCat** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından geçerli olmak üzere ile **Scilit** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından geçerli olmak üzere ile **Google Scholar** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından geçerli olmak üzere **EuroPub** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından itibaren **Directory of Research Journals Indexing** tarafından taranan dergiler arasındadır.

2010 yılından geçerli olmak üzere **Crossref** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından geçerli olmak üzere **Sobiad** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İNÜHFD)

Tüm hakları saklıdır. İNÜHFD hakemli uluslararası bir dergidir. İNÜHFD'nin tamamı veya bu dergide yer alan bilimsel çalışmaların bir kısmı ya da tamamı 5846 sayılı yasanın hükümlerine göre İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığının yazılı izni olmaksızın elektronik, mekanik, fotokopi ve benzeri herhangi bir kayıt sistemiyle kopyalanamaz, çoğaltılamaz, yayımlanamaz. Dergide ileri sürülen görüşler yazarlara aittir, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni, Yayın Kurulu'nu veya Danışma Kurulu'nu bağlamaz.

Inonu University Law Review (InULR)

All rights reserved. InULR is a refereed international journal. No parts of the Inonu University Law Review reproduced, stored in a retrieval system or transmitted in any form or by any means electronic, mechanical, photocopying, recording and otherwise without the prior written permission of the Inonu University Faculty of Law. The views expressed in the Review are those of the individual authors and are not be taken as representing the views of the Inonu University Faculty of Law, the Boards of Editors and the Boards of Advisors

Basım/Yayın Yeri: İnönü Üniversitesi

İLETİŞİM ADRESİ:

İnönü Üniversitesi, Elazığ Yolu 15. km, 44280-Malatya-Türkiye

Tel: +90 422 377 46 80

Fax : +90 422 377 46 81

www.inonu.edu.tr/hukukdergi - <http://dergipark.gov.tr/inuhfd>

e-posta : hukukdergi@inonu.edu.tr

Sahibi - Owner

Prof. Dr. Ahmet KIZILAY

Baş Editör – Editor-in-Chief

Prof. Dr. Tamer BUDAK

Alanya Alaaddin Keykubat Üniversitesi

Editörler-Editors

Dr. Öğr. Üyesi Adem YELMEN

Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Kürşat AKÇA

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Murat Buğra TAHTALI

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Aynaz UĞUR

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Seda BAŞ

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Azer Ebru MUTLU

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Abdulkaki GİYİK

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yabancı Dil Editörleri – Foreign Language Editors

Dr. Öğr. Üyesi Esra YILDIZ ÜSTÜN

Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Fatih ÖZTÜRK

İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Dr. Öğr. Üyesi Nurten İNCE AKMAN

Marmara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Sibel AKŞAHİN POLAT

Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Editör Yardımcılar- Co-Editors

Dr. Arş. Gör. Şeyma SAĞDIÇ GÖVEN

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Ali Fuat GEYİK

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Rümeyza SAVRAN

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Ülkü Sümeyye USLU

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Yunus YAVUZ

İnönü Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi

Mizanpaj Editör - Layout-Editors

Arş. Gör. Selin HIŞIM

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Arş. Gör. Ferhat BÜYÜKAY

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Uzman Erol ŞAHİNGİL

İnönü Üniversitesi

Genel Yayın Kurulu - General Editors

Prof. Dr. Michael N. Schmitt

School of Law, University of Exeter, United Kingdom

Prof. Dr. Alan C. Neal

School of Law, University of Warwick, United Kingdom

Prof. Dr. Neil Boister

School of Law University of Canterbury, New Zealand

Prof. Dr. Thom Brooks

School of Law, Durham University, United Kingdom

Prof. Dr. Kathleen Elizabeth Mahoney

Faculty of Law, University of Calgary, Canada

Prof. Dr. Hakan Karan

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Jeffrey A. Van Detta

Atlanta's John Marshall Law School, USA

Prof. Dr. Jason Chuah

School of Law, City University London, United Kingdom

Prof. Dr. Jean Allain

School of Law, Queen's University, Belfast, United Kingdom.

Prof. Dr. Haluk Emiroğlu

Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Zheng Sophia Tang

School of Law, Newcastle University, United Kingdom.

Prof. Dr. Maurizio Borghi

School of Law, Bournemouth University, United Kingdom.

Prof. Dr. Tomoya Obokata

School of Law, Keele University, United Kingdom.

Prof. Dr. Petra Butler

Faculty of Law, Victoria University of Wellington, New Zealand

Prof. Dr. Kemal Şenocak

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Aydın Gülan

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Tamer Budak

Alanya Alaaddin Keykubat Üniversitesi

Prof. Dr. Hayri Keser

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Danışma Kurulu / Advisory Board

| | |
|---------------------------------------|--|
| Prof. Dr. Arslan KAYA | İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Aydın GÜLAN | İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU | Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Bilge ÖZTAN | Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR | Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Erol ULUSOY | İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi. |
| Prof. Dr. Fatih UŞAN | Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Fırat ÖZTAN | Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU | Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. İsmail KIRCA | TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. K. Emre GÖKYAYLA | Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Mehmet DEMİR | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Mertol CAN | Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Mustafa FADIL YILDIRIM | Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Muharrem ÖZEN | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Müslüm AKINCI | Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Oguz Kürşat ÜNAL | Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Süha TANRIVER | Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Şahin AKINCI | İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Talat CANPOLAT | Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Vahit DOĞAN | İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Vedat BUZ | Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Yener ÜNVER | Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Oğuz S. AYDOS | Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. İpek SAĞLAM | Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Murat TOPUZ | Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Serkan AYAN | Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Doç. Dr. Metin Ceylan | İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Dr. Öğr. Üyesi Adem YELMEN | Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Dr. Öğr. Üyesi İbrahim DURHAN | İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Dr. Öğr. Üyesi Murat Buğra TAHTALI | İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Dr. Öğr. Üyesi Elif ÇELİK | Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Dr. Öğr. Üyesi Ashıhan KAYIK AYDINALP | İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Dr. Öğr. Üyesi Serdar DEMİRCİ | Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Dr. Öğr. Üyesi Kürşat AKÇA | İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Dr. Öğr. Üyesi Burcu ERDİNÇ TAVİL | Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi |

İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ - İNÜHFD YAYIM İLKELERİ

1. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Dergide yayımlanan makaleler, Dekanlığın izni olmadan başka bir yerde yayımlanamaz.
2. Dergiye gönderilen yazıların, ilgili sayının yayımlanacağı ayın (Haziran- Aralık) ilk gününden en geç bir ay öncesine kadar aşağıda gösterilen iletişim adresine teslim edilmesi gerekir. Bu tarihten sonra gönderilen yazılar bir sonraki sayı için değerlendirilecektir.
3. Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayım ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
4. Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olan yazılar hakeme gönderilir, hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesince düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilir ve yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilir.
5. Yayın Kurulu, ilgili sayıda yayımlanacak makale yoğunluğunu dikkate alarak, hakem incelemesinden olumlu rapor almış, kırk sayfadan uzun makaleleri derginin daha sonraki sayılarında yayımlama hakkını saklı tutar.
6. Yazıların Türkçe ve İngilizce özetinin yanı sıra, başlık ve anahtar kelimeleri de yine Türkçe ve İngilizce olarak gönderilmelidir.
7. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini bildirmelidirler.
8. Yazılar bilgisayarda times (times new roman), ana metin 12 punto, dipnotu 10 punto, kaynakça 10 punto, yazı aralığı 1.5 aralık şeklinde hazırlanıp, DergiPark sistemi üzerinde yer alan (<http://dergipark.gov.tr/journal/1237/submission/start>) adresine gerekli formlar ile birlikte göndermeleri gereklidir. Ayrıca, dipnotların sayfa altında gösterilmesi derginin bütünlüğü açısından uygun olacaktır.
9. Yazının başlığı, siyah ve tümü büyük harf karakterinde olmalıdır. Başlığın hemen altında sayfa sağına yanaştırılmış olarak yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta ise, yazarın üniversitesi veya bağlı olduğu kurum ile unvanı belirtilmelidir.
Örn.: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
10. Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.
11. Metin içerisinde kullanılan yabancı kelimeler italik olarak belirtilmelidir.
12. Yargıtay kararlarına yapılacak atıflar, aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:
Yarg. 11. HD, 17.10.2010, E. 2001, K. 9990.
13. Dipnotlarda, yazarın soyadı italik ve küçük harfle, ilk adı sadece baş harfi ile gösterilmeli; eser adı düz harfle yazılmalı; aynı yazara ait birden fazla esere yollamada bulunulması halinde kullanılan kısaltmalar kaynakçada gösterilmelidir. Eserlere yapılan ilk atıflar, yazarın soyadı, adının ilk harfi.: kitabın adı, yayın yeri ve tarihi, sayfa sayısı şeklinde yazılmalı; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın soyadı, gerekliyse kitabın kısaltılmış adı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Yabancı yayımlara yapılan atıflarda da aynı usul izlenmeli ve kullanılan kısaltmalar, kısaltmalar cetvelinde gösterilmelidir.
14. Yazar tarafından eklendiği takdirde kaynakça, eserlere yapılan ilk atıflara uygun olarak düzenlenmeli, ancak yazarın ad ve soyadı kalın ve küçük harfle belirtilmeli; süreli yayınlarda yer alan eserlerin ise ilk sayfa numaraları kaynakçada gösterilmelidir. Bir yazarın birden çok eserine atıf yapılması halinde, eserlerin anılışları kaynakçada gösterilmelidir.
15. Telif ücreti ödenmeyeceğini yazar kabul etmiştir.

PUBLICATION RULES OF INONU UNIVERSITY LAW REVIEW - InULR

1. Submissions should be accompanied by an assurance that the article has not been published, submitted, or accepted elsewhere previously. Articles cannot be published elsewhere without the permission of the Dean's Office.
2. All articles should be submitted 20 days prior to the first day of the month which the new issue is publishes (December - June). The articles sent after declared time will be considered for the next issue.
3. After the article is received, the editorial board will decide whether or not to send it back to the author to make necessary changes in accordance with the Journal's publication rules before the review procedure.
4. Submissions which are considered appropriate by the editorial board will be sent out for review. On the basis of the review reports, the author may be invited to revise and resubmit the article on the basis of the comments made by reviewers.
5. The articles, which pass review procedure and are more than 40 pages, may be publish in the next issue by the Editorial Board due to the workload.
6. Each article should include a summary, title and key words which are written in Turkish and English.
7. Each author must provide their educational profile such as their degrees, related intuition, contact information and e-mail address.
8. Citations should conform to APA style or Oxford Referencing Style (parenthesis or footnote).
9. The article should be written with 1.5 spaced and font type Times New Roman, font size 12 for main text, font size 10 for footnotes. The articles may also be sent to the editorial board via (<http://dergipark.gov.tr/journal/1237/submission/start>). The footnotes in the article should be given at the bottom of the page.
10. The title of the article should be capitalized and hyperlinked. Name of the author must be shown at the right bottom of the title with a footnote, which should state the university or the intuition of the author.

Example: Inonu University, School of Law

11. All the abbreviations in the text should be spelt out on first use with the abbreviation given immediately following in parentheses or the abbreviations should be shown on abbreviation list. The abbreviations which are used in footnotes must be shown only on abbreviation list.
12. All foreign words in the text must be written in italic font.
13. Turkish Supreme Court cases must be cited as follow:

Yarg. 11. HD, 17.10.2010, E. 2001, K. 9990.
14. Each author accepted that no royalty will be paid.

İÇİNDEKİLER/ CONTENTS

MAKALELER / ARTICLES

- DESIGNING ETHNOCULTURAL IDENTITIES IN DIVIDED SOCIETIES AND CONSOCIATIONAL DEMOCRACY AS A POSSIBILITY**
BÖLÜNÜMÜŞ TOPLUMLARDA ETNO-KÜLTÜREL KİMLİKLERİN DÜZENLENMESİ VE BİR İMKAN OLARAK ORTAKLIKÇI DEMOKRASİ 375-386
Salim ORHAN
- FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNUN DABUS'LA İMTİHANI: YAPAY ZEKÂ SİSTEMLERİ BULUŞ SAHİBİ OLARAK KABUL EDİLEBİLİR Mİ?**
INTELLECTUAL PROPERTY LAW'S TEST WITH DABUS: CAN ARTIFICIAL INTELLIGENCE SYSTEMS BE RECOGNISED AS INVENTORS? 387-400
Sevda BORA ÇINAR
- AUTONOMOUS WEAPON SYSTEMS AND THE JUST WAR THEORY: CHALLENGES AND IMPLICATIONS**
OTONOM SİLAH SİSTEMLERİ VE HAKLI SAVAŞ TEORİSİ: ZORLUKLAR VE ÖNERİLER 401-411
Hatice Kübra ECEMİŞ YILMAZ
- İCRA VE İFLÂS KANUNU'NUN 79/a MADDESİ UYARINCA KONUTTA HACİZ**
SEIZURE IN RESIDENCE PURSUANT TO ARTICLE 79/a OF THE EXECUTION AND BANKRUPTCY CODE 412-424
Seyhan SELÇUK
- OSMANLI İMPARATORLUĞU'NDAN GÜNÜMÜZE LİBYA SİYASAL TARİHİNDE MÜLKİYET REJİMLERİ**
FROM THE OTTOMAN EMPIRE TO THE PRESENT PROPERTY REGIMES IN LIBYAN POLITICAL HISTORY 426-440
Furkan YILMAZ
- YURT DIŞINDA İKAMET EDEN TÜRK VATANDAŞLARININ TÜRKİYE'DE SAĞLIK HİZMETLERİNDEN YARARLANMASI**
BENEFITING TURKISH CITIZENS RESIDING ABROAD FROM HEALTHCARE IN TÜRKİYE 441-455
Burcu EZER
- MEDENİ USÛL HUKUKU AÇISINDAN NFT'LERİN DELİL OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ**
THE EVALUATION OF NFT'S AS EVIDENCE FROM CIVIL PROCEDURE LAW 456-468
Mine AKKAN - Ekin Cansu KAMACI
- MENŞE DEVLETİN KİTLESEL MÜLTECİ AKINLARINDAN SORUMLULUĞU VE ESKİ HALE İADE YÜKÜMLÜLÜĞÜ: SURİYE ÖRNEĞİ VE TÜRKİYE'DEKİ SURİYELİLERİN GÖNÜLLÜ GERİ DÖNÜŞÜ**
RESPONSIBILITY OF THE STATE OF ORIGIN AND RESTITUTION OBLIGATION DUE TO THE MASS INFLUXES OF REFUGEES: THE CASE OF SYRIA AND THE VOLUNTARY RETURN OF SYRIANS IN TÜRKİYE 469-485
Ümmühan Elçin ERTUĞRUL
- 7269 SAYILI UMUMİ HAYATA MÜESSİR AFETLER DOLAYISIYLA ALINACAK TEDBİRLERLE YAPILACAK YARDIMLARA DAİR KANUN'UN VE BU KANUN KAPSAMINDAKİ HAK SAHİPLİĞİ KURUMUNUN TÜRK İDARE HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**
EVALUATION OF THE LAW NO. 7269 ON MEASURES TO BE TAKEN AND ASSISTANCE TO BE PROVIDED DUE TO DISASTERS AFFECTING PUBLIC LIFE AND ENTITLEMENT INSTITUTION WITHIN THE SCOPE OF THIS LAW IN TERMS OF TURKISH ADMINISTRATIVE LAW 486-499
Kürşat ERSÖZ
- BORÇLU TEMERRÜDÜNDEN SONRA AKDEDİLEN ERTELEME SÖZLEŞMESİNİN ALACAKLININ TEMERRÜTTEN DOĞAN ALACAKLARINDAN FERAGATİ ANLAMINA GELİP GELMEDİĞİ MESELESİ**
THE ISSUE OF WHETHER THE DEFERRAL AGREEMENT CONDUCTED AFTER THE DEBTOR'S DEFAULT MEANS WAIVER OF THE CREDITOR'S RECEIVABLES ARISING FROM DEFAULT 500-509
Ayşe KARACA ÖZ

| | |
|--|---------|
| ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİNDE DAVA ŞARTI ARABULUCULUK <i>MEDIATION AS A CONDITION OF LITIGATION IN ELIMINATION OF PARTNERSHIP</i> Özge YENİCE CEYLAN | 510-525 |
| KARALAMA FİİLİNİN KİŞİLİK HAKKININ İHLALİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ <i>EVALUATION OF DEFAMATION WITHIN THE SCOPE OF VIOLATION OF PERSONAL RIGHT</i> Sarp ŞAHANKAYA | 526-541 |
| GALLE (GELİR) ALACAĞI <i>INCOME RECEIVABLE</i> Kübra SUCU | 542-553 |
| ANAYASA YARGISINDA SPOR HUKUKU UYUŞMAZLIKLARI <i>SPORTS LAW DISPUTES IN CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE</i> Ahmet Mert DUYGUN | 554-567 |
| TÜRK MÜLTECİ HUKUKUNDA COĞRAFİ SINIRLAMANIN KALDIRILMASI <i>REMOVING THE GEOGRAPHICAL LIMITATION IN TURKISH REFUGEE LAW</i> Salımya GANIYEVA | 568-582 |
| ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN KUZEY KIBRIS TÜRK CUMHURİYETİ VATANDAŞI OLAN SPORCULARIN ULUSLARARASI MÜSABAKALARA KATILIMI <i>PARTICIPATION OF ATHLETES WHO ARE CITIZENS OF THE TURKISH REPUBLIC OF NORTHERN CYPRUS IN INTERNATIONAL COMPETITIONS IN TERMS OF INTERNATIONAL LAW</i> Tolga CANDAN - Ozan Emin HALHALLI | 583-596 |
| OTOBİYOGRAFİ / AUTOBIOGRAPHY | |
| PROF. DR. DURMUŞ TEZCAN Durmüş TEZCAN | 597-606 |

DESIGNING ETHNOCULTURAL IDENTITIES IN DIVIDED SOCIETIES AND CONSOCIATIONAL DEMOCRACY AS A POSSIBILITY

BÖLÜNmüş TOPLUMLARDA ETNO-KÜLTÜREL KİMLİKLERİN DÜZENLENMESİ VE BİR İMKAN OLARAK ORTAKLIKÇI DEMOKRASİ

Salim ORHAN*  

Makale Bilgi

Gönderi: 05/04/2023
Kabul : 11/07/2023

Anahtar Kelimeler

*Bölünmüş Toplular,
Etno-Kültürel
Kimlikler,
Ortaklıkçı Güç
Paylaşımı,*

Article Info

Received: 05/04/2023
Accepted: 11/07/2023

Keywords

*Divided Societies,
Ethnocultural Identity,
Consociational Power
Sharing,*

Özet

Etno-kültürel çeşitliliğin yönetilmesi ve bu kimliklerin düzenlenmesi, çağdaş siyaset biliminin ve anayasa hukukunun en temel sorunlarından biri haline gelmiş bulunmaktadır. Günümüz dünyasındaki birçok ülke, farklı biçim ve düzeylerde de olsa, politik kimliklere dönüşmüş bulunan etno-kültürel kimlikler ekseninde ortaya çıkan taleplerle ve bu kimliklerin yaratmış olduğu zorluklarla karşılaşmaktadır. Bu makale, etno-kültürel hatlar üzerinden derin bir biçimde bölünmüş toplumlarda etno-kültürel kimliklerin düzenlenmesine yönelik yaklaşım ve stratejileri araştırarak, bu tür toplumlarda söz konusu kimliklerin düzenlenmesi için en reel ve en demokratik yöntemi tespit etmeyi ve sunmayı amaçlamaktadır. Bu çerçevede, öncelikle bölünmüş toplum kavramının çerçevesinin belirlenmesi ve tanımlanmasına yönelik açıklamalar yapıldıktan sonra makro-siyasal bir analizle etno-kültürel kimliklerin yönetilmesine yönelik temel yaklaşım ve yöntemlerin tespiti yapılacaktır. Etno-kültürel çeşitliliğe ve kimliklere yönelik demokratik devletler tarafından kullanılan yöntem ve stratejiler kamusal alanda tek kimliklilik politikasını savunan bütünleştirme ile kamusal alanda çeşitliliği koruyan ve çok kimliklilik politikasını savunan uzlaştırma şeklinde iki genel yaklaşım altında ele alınacaktır. Daha sonra ise, bölünmüş toplumlarda etno-kültürel kimliklerin düzenlenmesi konusunda tespiti yapılan bu yaklaşım ve strateji seçenekleri arasında uzlaşma potansiyeli açısından öne çıkan bir yöntem olarak ortaklıkçı güç paylaşım sistemi analiz edilecektir. Ortaklıkçı güç paylaşım yönteminin bölünmüş toplumlarda etno-kültürel kimliklerin tasarımı için rasyonel ve demokratik olup olmadığına dair bir inceleme yapılacaktır.

Abstract

The management of ethnocultural diversity and design of related identities constitute one of the most fundamental questions of contemporary political science and constitutional law. Many countries in today's world, albeit in different versions and degrees, are faced with challenges caused by ethnocultural identities that have transformed into political identities. Demands and problems arising in the line of ethnocultural identities occupy the agenda of many developed and developing countries. This article aims to highlight the most realistic and democratic method and strategy for such management and design through researching approaches and methods employed for ethnocultural identities in ethnoculturally deeply divided societies. In this context, following a brief explanation of the concept of a divided society, a macro-political analysis will be used to determine the main approaches and methods. Methods and strategies used by democratic states for ethnocultural diversity will be discussed under two general approaches: Integration, which advocates the policy of single identity in the public sphere, and accommodation, which protects diversity and advocates multiple identity in the public sphere. Following will be an examination as to whether the consociational power-sharing method is best suited as a design for ethnocultural identities in divided societies.

 Bu eser [Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır.

* Dr. Öğr. Üyesi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** ORHAN Salim, "Designing Ethnocultural Identities in Divided Societies and Consociational Democracy as a Possibility", İnÜHFD, 14(2), 2023, s.375-386. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

Acknowledgements: I gratefully thank Professor John McGarry for patiently answering my questions and generously sharing his thoughts with me throughout this research.

I. INTRODUCTION

Almost all the states of today's world have a diverse social structure in terms of ethnocultural identities and contain different ethnocultural groups. Even if at one time a state was relatively ethnoculturally homogeneous, through the course of history this is no longer the case, due to various events such as wars, conquests, colonization and migrations. As stated in the United Nations Development Program's 2004 Human Development Report, approximately 200 countries in the world have approximately 5000 ethnocultural groups, and more than half of these states have at least 10 percent of their population belonging to an ethnic minority group¹. Managing ethnocultural diversity constitutes one of the most fundamental challenges facing contemporary politics. One of the features of 21st-century politics is the requirement that ethnocultural identities be recognized and supported in the public sphere, something that has long been perceived as a threat to social cohesion and harmony. Many countries in different parts of the world face demands and problems arising within the framework of ethnocultural identities. In many developed and developing states, the prominence of ethnocultural identity politics is increasing and its rise is striking.

Demands and policies that emerged in the axis of ethnocultural identities became more widespread, especially in the post-cold war period. Violent conflicts have mostly been experienced between ethnocultural groups rather than between states since the end of the cold war. Ethnocultural groups demand that their linguistic, religious, and cultural differences be recognized and supported in the public sphere. In this context, various challenges come to the fore, for instance regarding official languages, political participation and representation, and especially demands for self-government (from autonomy to federation). It becomes apparent that ethnocultural identities are determining the main political arguments, and the transformation of such identities into political identities is causing a deep division in societies.

One of the most important issues that arises in this context is how to address ethnocultural identities within divided societies, how to respond to the demands of ethnic groups, and how to maintain peace and accommodation between them. Approaches, methods, and attitudes toward solving such problems vary considerably. These diverse political approaches have been classified in different ways. Excluding those that have no ethical and legal legitimacy and conflict with democratic values, it is possible to classify the approach adopted by democratic states towards ethnocultural identities under two categories: single public identity and multiple public identities.

This study aims to identify and present the most rational and democratic approach by researching design for ethnocultural identities in deeply divided societies along ethnic, religious, linguistic, and cultural lines. Within this framework, firstly, after explaining the concept of a divided society, the main approaches will be determined with a macro-political analysis. Then, consociational power-sharing, which represents the most prominent alternative method for designing ethnocultural identities in divided societies, will be discussed.

II. DIVIDED SOCIETY: DEFINITION AND REASONS FOR DIVISION

In order to understand the characteristics, framework, and dimensions of the concept of societies divided along ethnocultural lines, it is useful to discuss briefly what the term "ethnocultural" means. The concept of ethnocultural consists of the combination of the terms "ethnic" and "culture", which are two different concepts. There are many broad explanations, debates, and contradictory definitions for both the term "ethnic" and "culture". For a long time, the common equating of ethnic groups with cultural groups has been a misleading approach. Smith defines ethnic groups as cultural collectives that incorporate myths and historical memories associated with a particular ethnicity, recognized and distinguished by one or more cultural differences such as religion, tradition, language, or institutions². However, the possession of certain shared cultural attributes as a defining characteristic of an ethnic group does not imply that an ethnic group is equal to a cultural group or that all cultural groups are ethnic groups. Because the existence of an ethnic group and ethnicity requires more than a shared cultural heritage, it necessitates the presence of social relationships. A settlement that is entirely mono-ethnic lacks ethnicity since there are no individuals to engage in discussions about cultural differences³. Thus, ethnic groups emerge through contact and interaction. Specifically, ethnic groups manifest as social relationships among individuals who perceive themselves as culturally distinct from members of groups with whom they have limited regular interaction⁴. Within this framework, ethnic groups can be metaphorically and imaginatively likened to an imaginary kinship, founded on contrasting with others, thereby defining ethnic groups as social identities. In other words, ethnic groups and ethnicity are created in an imaginary way through contact and relationship. Culture, which can be defined as the opposite of "nature" in the broadest sense, is also purely constructive⁵. A comprehensive analysis of the concepts of "ethnic" and "culture" cannot be made here, as it would go beyond the scope of this study. The term of "ethnocultural", which is a combination of both concepts, refers to people's beliefs, philosophy of life, religion, ethnic and national traditions, and languages.

When evaluated within the framework of political analysis, a divided society is not only a pluralistic

¹ United Nations Development Programme (UNDP): Human Development Report 2004: Cultural Liberty in Today's Diverse World, Oxford University Press, New York 2004, p.2, 27.

² SMITH, Anthony D.: Milli Kimlik, Trans. Bahadır Sina Şener, 8. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2016, p.41-42.

³ ERIKSEN, Thomas Hylland: Etnisite ve Milliyetçilik: Antropolojik Bir Bakış, Çev. Ekin Uşaklı, Avesta Yayınları, İstanbul 2004, p.58.

⁴ ERIKSEN, p.27.

⁵ For detailed information on the concept of culture, see KUPER, Adam: Culture: The Anthropologists' Account, Harvard University Press, Cambridge/MA 1999.

or diverse society ethnoculturally but also expresses something beyond this. It is almost impossible to find a country that does not have ethnocultural diversity in today's world. However, for societies where ethnocultural diversity becomes evident and further, transforms into political identities and forms the basis of political mobility, the concept of a divided society or deeply divided society, depending on its degree, is used. When societies are divided among ethnic groups, ethnocultural diversity becomes a major source of polarization and division in politics, claims and arguments of political parties are reflected in and through ethnocultural spectacles, and political conflicts coincide with those of ethnocultural groups⁶. As Allison McCulloch puts it, "when membership in an ethnic segment becomes overtly politicized and relations between segments continue in antagonistic and potentially violent fashion, a polity can be considered as deeply divided"⁷. In short, the concept of "deeply divided society" in the most common sense defines a society marked by ethnic divisions and separations that are violent enough to threaten the existence of the state.

Divided societies often have an antipathic relationship among ethnocultural groups, and ethnocultural identities tend to dominate alternative/other political identities. In divided societies, people generally consider belonging to an ethnocultural group as a natural value. By ignoring the fact that ethnocultural identities are constructed in such societies, people may perceive these identities as natural boundaries between different groups⁸. However, this perception of ethnocultural identities in divided societies virtually imprisons people within ethnocultural identities. In divided societies, the divisions and conflicts developed along the axis of ethnocultural identities mutually feed and reinforce each other. This situation leads to the emergence of radical political parties that centre on ethnocultural identities. Like a circle, these emerging parties mobilize members of an ethnocultural group on the basis of this identity. In this context, the dominant political parties in divided societies are those based on ethnocultural identity. Therefore, the paradigm of classical democracy means the competition of ethnocultural identities in divided societies. As Horowitz points out, the election held in deeply divided societies essentially corresponds to a census of ethnocultural groups rather than a political election⁹. Therefore, more specific mechanisms are required for divided societies than undivided societies.

Through an understanding of the causes of social division and conflict along ethnocultural lines, it is also possible to determine the proposed mechanisms for resolving these disputes. Among various theoretical approaches to such ethnocultural conflicts and divisions that develop, it is possible to classify them as primordial or instrumentalist¹⁰. The primordial approach, which considers ethnocultural identities as natural and fixed structures, sees ethnocultural diversity as the cause and source of social division and conflict. This approach, which is attributed to unalterable and pre-existing elements, is no longer widely accepted.

In the instrumentalist perspective, a diverse ethnocultural identity and diversity in general are not problems by themselves but can lead to conflict and social divisions in some contexts. Ethnocultural friction is mainly related to contextual problems and arises from socio-economic and political reasons. Due to inequalities in the distribution of resources and lack of social and political rights as well as opportunities within ethnocultural groups, antipathic and hostile attitudes, conflicts, and polarizations in society along these lines are common¹¹. One of the main reasons for the polarization of society on the axis of ethnocultural identities is that these different groups live under a nation-state roof that is based on a single identity. In other words, the incompatibility of nation-state identity and ethnocultural identities can cause antagonism. With nation-building, a dominant understanding and goal of the 20th century, most states aimed to build an ethnoculturally homogeneous society with a single identity. There was a predominance of a political approach against the recognition of ethnocultural identities. This understanding has sometimes led to "ruthless" suppression of such identities. These identities were suppressed not only by ruthless methods such as "ethnic cleansing", but also by socio-economic and political discrimination in daily life¹². Such policies of the modern nation-state have caused ethnocultural hostility and divisiveness. As Will Kymlicka points out, ethnocultural conflicts are often almost integral parts of nation-building processes that produce a common national identity valid in all parts of the state to be shared by all citizens¹³. Thus, one of the primary reasons for the division of society and the emergence of ethnocultural tensions is the nation-building and state-building process¹⁴.

⁶ CHOUDHRY, Sujit: "Bridging Comparative Politics and Comparative Constitutional Law: Constitutional Design in Divided Societies", in Choudhry, Sujit (ed.), *Constitutional Design for Divided Societies: Integration or Accommodation?*, Oxford University Press, Oxford & New York 2008, p.5.

⁷ MCCULLOCH, Allison: *Power-Sharing and Political Stability in Deeply Divided Societies*, Routledge, London 2014, p.3.

⁸ O'FLYNN, Ian: "Democratic Theory and Practice in Deeply Divided Societies", *Representation*, 46(3), 2010, p.281.

⁹ HOROWITZ, Donald L.: "Ethnic Conflict Management for Policymakers", in Montville, Joseph V. (ed.), *Conflict and Peacemaking in Multiethnic Societies*, Lexington Books, Lexington 1990, p.116.

¹⁰ HENDERSON, Errol A.: "Culture or Contiguity: Ethnic Conflict, the Similarity of States, and the Onset of War, 1820-1989", *The Journal of Conflict Resolution*, 41(5), 1997, p. 655-657; ÇELİK, Ayşe Betül: "Etnik Çatışmaların Çözümünde Siyaset Bilimi ve Uyuşmazlık Çözümü Yaklaşımları", in Beriker, Nimet(ed.), *Çatışmadan Uzlaşmaya Kuramlar, Süreçler ve Uygulamalar*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2009, p.165.

¹¹ BRASS, Paul R.: *Ethnicity and Nationalism: Theory and Comparison*, Sage Publication, London 1991, p.41.

¹² UNDP, p.1.

¹³ KYMLICKA, Will: *Multicultural Odysseys: Navigating the New International Politics of Diversity*, Oxford University Press, Oxford 2007.

¹⁴ KURUBAŞ, Erol: "Etnik Sorunlar: Ulus-Devlet ve Etnik Gruplar Arasındaki Varoluşsal İlişki", *Doğu ve Batı Düşünce Dergisi*, (44), 2008, p.22-24.

One of the reasons for the division, polarization, and conflict of society along ethnocultural lines is the exclusion of some of these groups from administrative, political and economic power. This situation corresponds to what is defined as structural violence by Johan Galtung, who states that violence can occur in a wide variety of dimensions. Structural violence refers to socio-economic and political inequality; unequal distribution of resources, as well as inequality of opportunity and power constitute examples. Such violence, which is the suppression and withdrawal of a person or a group due to such inequities, can also cause direct violence¹⁵. It is at this point that structural violence within ethnocultural groups causes friction among the groups as well as polarization.

In the event that an ethnocultural group fears it will lose its identity for any reason (which could be attributed to a variety of factors), it will typically clamp down harder on asserting this identity and make stronger demands on the political level¹⁶. In this case, the threat of losing ethnocultural identity maybe imagined. However, the important point is that the group has such a feeling and perception about its own identity. The ethnocultural group's sense of being at risk under pressure will politicize that group on an ethnocultural axis and may cause social divisions.

Public policies and methods for solving problems that arise along the lines of ethnocultural identities in divided societies are mainly derived from those used for managing ethnocultural diversity, which is a more general situation. Some of these approaches and practices (genocide, forced population transfers, forced assimilation, etc.) no longer have any legitimacy. It must be noted, however, that the approaches and policies employed by democratic states do not have the same resolution potential or equally democratic characteristics when it comes to resolving such problems.

III. APPROACHES TO THE DESIGN OF ETHNOCULTURAL IDENTITIES

Approaches and methods for managing ethnocultural diversity and designing ethnocultural identities in divided societies are classified in various ways. As a result of the experiences of European nations, John Coakley categorizes them into eight categories: indigenization, accommodation, integration, population transfers, changing borders, genocide, and ethnic suicide¹⁷. Except ethnocultural suicide, which is theoretically a contingency option but is not rational and does not have any examples in practice, all the other options are encountered in the practices of states¹⁸. John McGarry and Brendan O'Leary classified the approaches adopted by states towards the management of ethnocultural and national conflicts in divided societies into eight types determined at the macro-political level with an inductive analysis. These could then be put under two main groups as eliminating ethnocultural diversity and managing this diversity. While genocide, forced mass-population transfers, partition and/or secession, integration and/or assimilation are methods to eliminate ethnocultural and national diversity, hegemonic control, arbitration, cantonization and/or federalization, consociationalism or power-sharing also constitute ways to manage ethnocultural and national diversity¹⁹. Despite the fact that all of the methods included in this classification are empirically verifiable, some of them cannot be morally and legally justified nor democratically defended. Apart from methods and practices that are radical - not accepted as legitimate and conflict with democratic values for the management of ethnocultural diversity - others more moderate are acceptable in terms of democratic principles and vary widely. These can be categorized into two groups: integration, which aims to eliminate ethnocultural diversity in the public sphere by bringing it all under one identity; and accommodation, which supports this diversity in the public sphere and regulates multiple public identities²⁰. Integration and accommodation, which are two common public policies for democratic states to manage ethnocultural diversity, are not uniformly applied and take different forms. These policies are located between the two ends of a line, where assimilation is one side and partitions and/or secession are the other. Their applicability is influenced by many factors such as ethnocultural groups' demographic and other identity characteristics, geographical location, relationship with the state, cultural context, political structure, as well as and the state's historical background.

One method for managing ethnocultural diversity is partition and/or secession, which involves giving sovereign regions to each of the ethnocultural groups so they can implement their ethnocultural agenda by reshaping state borders based on ethnic and national lines. Nevertheless, the method of partition/secession cannot offer a rational resolution to the problem of ethnocultural identities, except for some exceptional cases, and it is not easy for various reasons²¹. However, when the territorial integrity and unity of the state

¹⁵ GALTUNG, Johan: "Violence, Peace, and peace Research", *Journal of Peace Research*, 6(3), 1969, p.169-191.

¹⁶ KURUBAŞ, p.20-21.

¹⁷ COAKLEY, John: "The Resolution of Ethnic Conflict: Towards a Typology", *International Political Science Review*, 13(4), 1992, p.343-358.

¹⁸ COAKLEY, p.343-358.

¹⁹ MCGARRY, John/O'LEARY Brendan: "Introduction: The Macro-Political Regulation of Ethnic Conflict", in McGarry, John/O'Leary, Brendan (ed.), *The Politics of Ethnic Conflict Regulation: Case Studies of Protracted Ethnic Conflicts*, Routledge, London 1993, p.4.

²⁰ MCGARRY, John/O'LEARY Brendan/SIMEON Richard: "Integration or Accommodation? The Enduring Debate in Conflict Regulation", in Choudhry, Sujit (ed.), *Constitutional Design for Divided Societies: Integration or Accommodation?*, Oxford University Press, Oxford & New York 2008, p.41.

²¹ Sometimes the conflicts and divisions between ethnocultural and national groups can be so deep that all other methods to reconcile these groups under the same state roof fail. In other words, if it is impossible for these groups to live together in a state and these groups are geographically concentrated in a region, separation/splitting may come into play as an option. The realization of the option of separation and division is only possible with the coexistence of many interrelated conditions.

remain unchanged, other options for managing ethnocultural diversity come into play. Morally unacceptable “radical” methods such as genocide and mass population transfer, also called “ethnic cleansing,” and forced assimilation, meaning “cultural genocide” will not be examined in this study. Instead, only those methods used by democratic states on ethnocultural identities that can be politically defended and morally grounded will be examined.

IV. MULTIPLE PUBLIC IDENTITY VERSUS SINGLE PUBLIC IDENTITY

There are two main approaches toward managing ethnocultural diversity and ethnocultural identities that are widely adopted and implemented by democratic states. The first, integration, advocates and regulates the policy of single identity in the public sphere. The second, accommodation, is a power-sharing approach promoting and regulating the policy of multi-identity in the public sphere²². Each of these has been variously interpreted and used different sub- methods. For instance, the integration approach has taken republican, socialist, and liberal forms, while the accommodation approach has sub- methods in the form of centripetalism, multiculturalism, consociationalism, and territorial pluralism²³. Although these sub- methods differ from one another in terms of their political underpinning, they are classified under the fundamental approaches of integration and accommodation in terms of the similar characteristics they have vis a vis ethnocultural identities. For instance, although the foundations and goals of republican, socialist, and liberal integrations are different versions of integration, the common feature of all of them is that they propose a single public identity that will coincide with the borders of the country.

Integration policies toward ethnocultural groups represent the traditional thinking of most states, and propose a single public identity based on a common national identity. Due to the goal of individual equality for all citizens before the law and in public institutions, the integrating approach displays a kind of blindness to ethnocultural differences²⁴. Although there are practices that carry the potential for or lead to assimilation from time to time, the two policies should not be confused. Seeking homogeneity in all areas of life – both in the public and private spheres – assimilation aims at the erosion and convergence of ethnocultural differences in the pursuit of a common public identity. However, whereas integrating also organizes a common identity in the public sphere, it is not involved in maintaining ethnocultural differences in the private sphere and respects ethnocultural diversity. In other words, integration envisages and defends a political order based on a common identity in the public sphere, without requiring ethnocultural unity and homogeneity in the private sphere²⁵. In such a system the constitutional identity and basic institutions of the state as a whole as completely isolated and free from ethnocultural sub-identities, and includes all citizens individually. Yet, such purification and isolation are not possible for many elements on which ethnocultural identities are based. Brian Barry, who is a strong supporter of the integration approach, advocates a policy in which ethnocultural differences are restricted to the private sphere without including them in the public sphere. Specifically, this focus is based on removing religion from public spheres and confining it to the private spheres as a means of addressing ethnocultural diversity²⁶. Nevertheless, this idea, based on liberal integration, is theoretically possible for religious diversity, but not for linguistic diversity, because the state has a compulsory relationship with language and necessarily performs some of its functions and operations through language.

As a result of the belief that differences among ethnocultural identities can be a source of political instability and group-based conflict, the integration approach promotes the creation and support of a single public identity that is free of such identity in the public sphere. According to this approach, the recognition and official support of different ethnocultural identities in the public sphere will cause a society to be divided along ethnocultural lines, or in an already divided society will further increase the fractures. Furthermore, by recognizing some ethnocultural groups in the public sphere and providing public services based on their interests and identities, the state may contribute to their mobilization and hostility²⁷. However, this claim is far from valid in the case of divided societies. Because ethnocultural communities in divided societies persistently want to preserve their group identity, attempts to integrate them around a common public identity can backfire and deepen the social division. As Lijphart mentioned, as a solution to the problems that arise within the framework of ethnocultural identities in a divided society, an attempt to replace groups with a common national identity by eroding or eliminating their attachment to such identities will lead to increased ethnocultural loyalty and the formation of intergroup violence²⁸. In other words, the arrangements envisaged by integration for ethnocultural identities may constitute the source of the problem rather than a resolution in divided societies.

²² MCGARRY/O’LEARY/SIMEON, p.41.

²³ MCGARRY/O’LEARY/SIMEON, p.41-67.

²⁴ MCGARRY/O’LEARY/SIMEON, p.41, 45; MCGARRY/O’LEARY, “Introduction: The Macro – Political Regulation of Ethnic Conflict”, p.17; O’LEARY, Brendan: “Power Sharing in Deeply Divided Places: An Advocate’s Introduction”, in McEvoy, Joanne/O’Leary, Brendan (ed.), *Power Sharing in Deeply Divided Places*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 2013, p.17.

²⁵ MCGARRY/O’LEARY/SIMEON, p.42; MCGARRY/O’LEARY, “Introduction: The Macro – Political Regulation of Ethnic Conflict”, p.17; O’LEARY, “Power Sharing in Deeply Divided Places”, p.17; CHOUDHRY, p.27.

²⁶ BARRY, Brian: *Culture and Equality: An Egalitarian Critique of Multiculturalism*, Harvard University Press, Cambridge/MA 2001, p.25.

²⁷ MCGARRY/O’LEARY/SIMEON, p.45.

²⁸ LIJPHART, Arend: *Democracy in Plural Societies: A Comparative Exploration*, Yale University Press, New Haven 1977, p.24.

The integration approach argues that such ethnoculturally-based arrangements strengthen “closed” identities, deepen the divisions on this axis, and foster unequal and unfair relations among citizens. As such, the official recognition and support of ethnocultural groups, for instance, those that oppress and discriminate against women, may cause members’ rights to be violated²⁹. However, the common public identity built by states to be shared by all citizens is not an abstract identity independent of all ethnocultural identities. It is an identity that is usually formed based on that of the majority group. A further misconception is that the majority ethnocultural group in the state necessarily ignores the potential for violating the individual rights of its members.

The expectation that ethnocultural groups will be integrated within the framework of a common public identity as a supra-identity is the result of the integration approach’s evaluation of ethnocultural identities as structures that can transform/change and have “soft” qualities. However, in societies that are deeply divided along ethnocultural lines, ethnonational identities may be more and rigid structures resistant to change³⁰. The main difference between integration and accommodation in the design of ethnocultural identities in already divided societies is in the perception toward the resilience of these identities³¹. The accommodation approach accepts that ethnocultural identities are not immutable, but are more persistent in divided societies, and based on this recognizes such identities in the public sphere.

Accommodation through power-sharing methods, which are commonly adopted and applied by democratic states towards ethnocultural groups, recognize and support ethnocultural identities in the public sphere based on an understanding of equal respect. Within this framework, the accommodation approach advocates a multi-identity policy, as opposed to one of single-identity through integration in the public sphere. More than one ethnocultural community is officially recognized and supported within the borders of the state³². Based on the idea that more than one “form of belonging” can be combined in the same political unit ethnoculturally, organizing a common public identity based on a single sense of citizenship is avoided³³. According to this line of thinking, a common public identity that erodes ethnocultural diversity will increase polarization among communities and intensify conflict, especially in divided societies. Further, the peaceful coexistence of ethnoculturally different communities within the same state depends on these groups feeling secure in their own identities and depends on the recognition of identities in the public sphere. Looking at the causes of polarization and conflict of ethnocultural groups in a society reveals that these groups’ identities are related to their sense of being damaged and destroyed.

Accommodation or power-sharing methods officially recognize ethnocultural diversity and maintain “ethnocultural pluralism” in the public sphere, and prevent the “ethnocultural hegemony” of a single group³⁴. In the most general sense, power-sharing, which expresses authority and power not to be monopolized but shared, envisages designs that will prevent an actor or a collective structure from unilateral authority and power – temporarily or permanently³⁵. Modern power-sharing methods aim to provide institutional regulations based on dividing authority and power among ethnocultural groups by recognizing and supporting them in the public sphere. It is no longer a single public identity supported by the state; there are multiple public identities.

Methods for the protection of ethnocultural diversity that maintain pluralism can also be described as “cultural protectionism”. Such policies have been criticized as primordial – assuming that ethnocultural identities have existed since ancient times, have not changed much, and will always remain the same politically. Yet, advocates of multi-identity policy in the public sphere argue that ethnocultural identities are not unchangeable but on the contrary, constructed and by no means primordial. However, in the special context of divided societies, ethnocultural identities turn into more durable, resistant, and stable structures rather than transformable/changeable and soft structures because their members feel threatened³⁶. As a result, designs that are appropriate for the characteristics of ethnocultural groups in divided societies must recognize and support, rather than corrode, or destroy these identities.

²⁹ O’LEARY, “Power Sharing in Deeply Divided Places”, p.35.

³⁰ MCGARRY/O’LEARY/SIMEON, p.52-53.

³¹ CHOUDHRY, p.27.

³² MCGARRY/O’LEARY/SIMEON, p.41, 52.

³³ SCHWARTZ, Alex: “Patriotism or Integrity? Constitutional Community in Divided Societies”, Oxford Journal of Legal Studies, 31(3), 2011, p.503-504.

³⁴ McGarry, O’Leary, and Simeon, there are four different forms of democratic power-sharing (accommodation), *centripetalism*, *multiculturalism*, *consociationalism*, and *territorial pluralism*. MCGARRY/O’LEARY/SIMEON, p.53; O’LEARY, “Power Sharing in Deeply Divided Places”, p.19; CHOUDHRY, p.28.

³⁵ The concept of “power-sharing” should not be confused with the concept of “separation or division of powers”, which is another term aimed at preventing the concentration of authority and power. Although there are etymological and philological similarities and semantic intersections between these two concepts, they are different. Power-sharing refers to the inclusion of ethnocultural groups in the decision-making process and the distribution of authority/power among these groups. The separation of powers, on the other hand, refers to the distribution of authority and power among different institutions and the limitation of these institutions to each other (check and balance). In this framework, power-sharing requires commonality in the joint decision-making process and autonomy in the group decision-making process in coordination. However, there is no such coordination in the separation of powers, on the contrary, policy is determined as a result of the clash of forces distributed among different institutions. Also, power-sharing is not an alternative to the separation of powers principle; It is an additional regulation that complements and adds to the deficiencies of classical constitutional principles in divided societies. O’LEARY, “Power Sharing in Deeply Divided Places”, p.11-12.

³⁶ O’LEARY, “Power Sharing in Deeply Divided Places”, p.5, 19; MCGARRY/O’LEARY/SIMEON, p.52-53.

The concept of “multiculturalism” refers to the policy of accommodation/power-sharing that recognizes and supports ethnocultural identities in the public sphere, that is, multi-identity. Multiculturalism, which requires equal recognition of different ethnocultural identities³⁷. Necessitates communities with these identities have the authority to take decisions on issues related to them and, in this respect, to be “autonomous”. Another point on which equal recognition of communities depends is the proportional representation of ethnocultural groups in the main political institutions of the state³⁸. The minimum level of multi-identity policy in the public sphere depends on the recognition of ethnocultural identities in the public sphere and, accordingly, the empowerment and political representation of groups with these identities “exclusively” in matters about them. This level of multiculturalism policy provides strong guarantees for the preservation and maintenance of ethnocultural identities. Such assurances, which eliminate the perception of threat to the groups’ existence, also allow these groups to live together in peace. Yet, in divided, polarized, and conflicted ethnocultural societies, the high level of political separation among them, and the heightened perception that their identities are threatened require designs to contain more specific principles to ensure they feel their ethnocultural identities are secure. To this end, the multicultural policy of consociationalism comes to the forefront in providing democratic solutions..

V. CONSOCIATIONALIST METHOD

Consociationalism has been described as a result of the comparative analysis of democracies in a few small European countries such as the Netherlands, Switzerland, Austria, and Belgium which are all divided along ethnocultural lines. Arend Lijphart, who is identified with the concept of consociationalism through his work³⁹, states that it emerged from the analysis of several exceptional examples where stable democracy is possible in divided societies. What they have in common is the application of the principles of the grand coalition, autonomy, proportionality, and minority or mutual veto, which conflict with those of majoritarian democracy⁴⁰. However, consociationalism has changed over time to become not only a “description” or “exploration” method but also one that offers “suggestion” and “prescription”. In this context, the consociational power-sharing construct has developed on two grounds: “empirical” and “normative”. It offers the “description” of divided societies that have experienced this system and the “prescription” of a democratic solution that should be aimed at divided societies based on ethnocultural identities⁴¹. Consociationalism as a prescription has become a must-have for managing and resolving ethnocultural and ethnonational conflicts in divided societies. Consociational power-sharing systems have been empirically designed for divided societies in very different regions, moving away from those which originally formed the basis for the concept⁴². The consociational power-sharing method has been discussed and revised with each implementation.

The main motives behind the consociational power-sharing system, which is a non-majoritarian and even anti-majoritarian democracy, are to share, distribute, spread, divide, decentralize and limit authority and power⁴³. Consensus democracy, which is another non-majoritarian form of democracy, essentially aims to share and spread power. In this respect, there are similarities and intersections between consociational democracy and consensus democracy, as well as some differentiating features.

Lijphart states that consensus democracy and consociational democracy are closely related to each other in that they are both non-majoritarian models of democracy, and the differences between them can largely be explained by how they are derived⁴⁴.

³⁷ According to Charles Taylor, identity is a modern requirement and is dialogic in nature. Due to this feature, it should be recognized as equal. The policy of equal recognition, or the policy of differences, as the recognition of everyone’s unique identity, corresponds to the policy of multiculturalism. TAYLOR, Charles: “Tanınma Politikası”, in Amy Gutmann (ed.), *Çokkültürlülük: Tanınma Politikası*, Trans. Yurdanur Salman, 3. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2010, p.46-93.

³⁸ O’LEARY, “Power Sharing in Deeply Divided Places”, p.25; MCGARRY/O’LEARY/SIMEON, p.57-58.

³⁹ Brendan O’Leary argues that consociationalism has a long pedigree and that while it can be traced back to the Protestant philosopher Johannes Althusius, who lived between 1557 and 1638, and then the Austrian Marxists Karl Renner and Otto Bauer of the early 20th century, it can also be evaluated in consociationalism; he states that consociationalism in its contemporary sense is essentially based on the work of Arend Lijphart. O’LEARY, Brendan: “Debating Consociational Politics: Normative and Explanatory Arguments”, in Noel, Sid (ed.), *From Power-Sharing to Democracy: Post-Conflict Institutions in Ethnically Divided Societies*, McGill-Queen’s University Press, Montreal 2005, p.3.

⁴⁰ LIJPHART, Arend: *Thinking About Democracy: Power Sharing and Majority Rule in Theory and Practice*, Routledge, London 2008, p.7.

⁴¹ TAYLOR, Rupert: “Introduction: The Promise of Association Theory”, in Taylor, Rupert (ed.) *Consociational Theory: McGarry and O’Leary and Northern Ireland*, Routledge, London 2009, p.2; LIJPHART, *Thinking About Democracy*, p.269.

⁴² Taylor classifies strong consociationalism examples (he listed 29 consociational examples) into four different categories “classic”, “past”, “contemporary” and “new wave”. Of the 29 cases, 6 are “classical” (Netherlands, Belgium, Switzerland, Austria, Luxembourg, Liechtenstein), 13 are “past” (examples such as Cyprus, South Africa, Fiji, Czechoslovakia), 10 are “contemporary” (Malaysia, South Tyrol, Lebanon, Bosnia and Herzegovina, Northern Ireland, Macedonia, Afghanistan, Iraq, and Kenya) as examples. He describes six of the contemporary examples (Bosnia-Herzegovina, Northern Ireland, Macedonia, Afghanistan, Iraq, and Kenya) as “new wave” consociational cases. The studies and research on consociationalism are not on classical examples such as Switzerland, Belgium, Netherlands, and Austria; He also states that he especially focuses on the Northern Ireland example. In this context, the first example that comes to mind as consociationalism now is that of Northern Ireland. TAYLOR, “Introduction: The Promise of Association Theory”, p.6, 8.

⁴³ CHOUDHRY, p.18; LIJPHART, Arend: “Consociation: The Model and its Applications in Divided Societies”, in Rea, Desmond (ed.), *Political Co-operation in Divided Societies*, Gill and Macmillan, Dublin 1982, p.168.

⁴⁴ LIJPHART, *Thinking About Democracy*, p.6.

“The concept of consociationalism arose out of the analysis of a set of deviant cases where stable democracy was found to be possible in divided societies, and where the explanation of this phenomenon was the application of the principles of grand coalition, autonomy, proportionality, and minority veto – the four defining characteristics of consociational democracy – all of which clearly contrast with majoritarian principles”⁴⁵.

Lijphart states that an obvious difference between the consociational and consensus models is that the former is defined in terms of four and the latter in terms of ten characteristics. In this context, it is also stated that another difference between the two models is that the four consociational principles are broader than the ten characteristics of consensus democracy⁴⁶.

Lijphart summarizes the relationship between these two models in the context of divided societies as follows:

“Consociational and consensus democracy have a large area of overlap, but neither is completely encompassed by the other. [...] Finally, although both consociational and consensus democracy are highly suitable forms of democracy for divided societies, consociationalism is the stronger medicine. For instance, while consensus democracy provides many incentives for broad power sharing, consociationalism requires it and prescribes that all significant groups be included in it. Similarly, consensus democracy facilitates but consociational democracy demands group autonomy”⁴⁷.

For ethno-culturally heterogeneous societies, both these non-majoritarian forms of democracy are more suitable than majoritarian democracy. However, consensus democracy may not be sufficient for societies that are not only ethno-culturally heterogeneous but also divided along these lines. Lijphart recommends consociational rather than consensus democracy for deeply divided societies.

In addition to stating that the differences between consensus democracy and consociational democracy do not conflict with each other and that they are perfectly compatible with each other, Lijphart adds the features of consensus democracy that are compatible with consociationalism in his work, where he proposes detailed constitutional arrangements for divided societies⁴⁸. Based on these explanations of Lijphart, Ergun Özbudun argues that “consociational democracy can be considered as a sub-type of consensus democracy specific to divided societies”⁴⁹.

Consociationalism realizes the purpose of sharing power and authority among ethnocultural groups in divided societies through four basic principles. These principles, which are interrelated, are as follows: executive power-sharing or the grand coalition, in which all the main ethnocultural groups are included in the political decision-making mechanisms, especially the executive; proportionality, which is the representation and benefit of groups proportional to their overall size in political representation, public service, employment and allocation of financial resources; autonomy in which communities have authority in their internal affairs (especially in the fields of culture and education); and the veto power of the groups to legal changes on issues that are of vital importance for them⁵⁰. It is worth noting that Lijphart does not consider these four features equally important in his later work. While identifying sharing executive power-sharing and group autonomy as the “primary characteristics” of consociational democracy, he ranks proportionality and veto power as “secondary characteristics”⁵¹. Proportionality and the right of veto for groups were considered capable of strengthening executive power-sharing and autonomy, respectively. Nevertheless, all four characteristics of consociationalism are related to each other and are intended to ensure the peaceful coexistence of ethnocultural groups within a stable democratic order by sharing power and authority among subgroups in divided societies.

One of the most prominent principles – and characteristics - of the consociational power-sharing system is that of the “grand coalition” or “executive power-sharing”, which involves representatives from different ethnocultural groups. In McCulloch’s words, “the central and perhaps most recognizable feature of consociationalism is the grand coalition, which entails the participation of major segments in the executive decision-making process”⁵². This prevents ethnocultural minority groups from being permanently excluded from political power, government, and authority⁵³. The “grand coalition” in Lijphart’s early works was considered to include all ethnocultural groups in society⁵⁴. However, more recently, he has concluded that such an inclusive coalition is not possible, and that it is sufficient to include the main groups in the coalition. McGarry and O’Leary, particularly described as revisionist consociationalist, state that it is important that only some elements of it are realized but form an understanding of “jointness” in the executive among notable ethnocultural groups by using the concept of “executive power-sharing” instead of the concept of “grand

⁴⁵ LIJPHART, *Thinking About Democracy*, p.7.

⁴⁶ LIJPHART, *Thinking About Democracy*, p.8.

⁴⁷ LIJPHART, *Thinking About Democracy*, p.8.

⁴⁸ LIJPHART, Arend: “Constitutional Design for Divided Societies”, *Journal of Democracy*, 15(2), 2004, p.96-109.

⁴⁹ ÖZBUDUN, Ergun: *Anayasalcılık ve Demokrasi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2015, p.95.

⁵⁰ LIJPHART, *Democracy in Plural Societies*, p.25-44; SISK, Timothy D.: *Power Sharing and International Mediation in Ethnic Conflict*, United States Institute of Peace, Washington DC 1996, p.36-38.

⁵¹ LIJPHART, Arend: “The Wave of Power-Sharing Democracy”, in Reynolds, Andrew (ed.), *The Architecture of Democracy: Constitutional Design, Conflict Management, and Democracy*, Oxford University Press, Oxford 2002, p.39; LIJPHART, “Constitutional Design for Divided Societies”, p.97.

⁵² MCCULLOCH, p.11.

⁵³ SISK, p.36.

⁵⁴ LIJPHART, *Democracy in Plural Societies*, p.31-36.

coalition⁵⁵. In such an order, the political elites representing the ethnocultural groups resolve their differences by negotiating to reach a common decision.

One of the most important institutional designs for the realization of the grand coalition or executive power-sharing is the system of government. In this context, the grand coalition is “typically associated with the formation of a multiparty cabinet in a parliamentary system”⁵⁶. Lijphart explicitly states that the parliamentary system should be preferred since it has greater potential to include political parties representing certain social groups, and therefore more executive power-sharing than other systems of government⁵⁷. However, O’Leary points out that a collective presidential system may also be an appropriate institutional design for executive power-sharing, citing the Swiss Federal Executive Council of seven people, which consists of representatives of different linguistic and territorial groups⁵⁸. Essentially, what is important is the realization of power-sharing in the executive.

Another important principle of consociationalism is proportionality, which means that major ethnocultural groups are represented in all significant public political institutions, especially structures with political representation, such as the legislature and executive branch, and benefit from public funds in proportion to their population. Lijphart states that proportionality, as a primary and fundamental principle of consociational democracy, is valid not only in electoral institutions but also in the establishment of public services and the allocation of public resources⁵⁹. According to McCulloch;

“Proportionality in political representation, civil service appointments and in the allocation of financial resources is another key aspect of consociation intended to facilitate the inclusion of all groups at all levels of government”⁶⁰.

The most important institutional design for the proportionality principle is the electoral system. A proportional representation election system is proposed to ensure adequate representation concerning the parliament. Although the supporters of consociationalism differ in some aspects, they generally agree on this point. In addition to the proportional representation of groups, such a system allows minority groups to employ their symbols and banners in parliament and prevents them from being temporarily or permanently excluded from the administration. Therefore, it may reduce the potential for the monopolization of authority and power in the hands of a group, which will cause conflict and separation in divided societies.

Nevertheless, when one ethnocultural group in a divided society has a sufficiently large population to alter legislation on its own without requiring the support of other groups, the proportionality principle can work against minority groups. In the face of such a dangerous situation, the importance of the “autonomy” and “veto” principles of consociationalism becomes clear. Autonomy means that ethnocultural groups in society have the authority to manage their internal affairs (especially in matters such as education and culture). As Lijphart states, the autonomy of ethnocultural groups is their dominance over the issues that are exclusively related to them⁶¹. Autonomy provisions can be applied in territorial and “non-territorial” forms. If ethnocultural groups in divided societies are geographically concentrated in a particular region, then territorial autonomy or a multi-ethnic federation that coincides with the boundaries of ethnic groups may be a way to reduce conflict⁶².

In cases where ethnocultural groups are not concentrated in certain geographical regions and are scattered, group autonomy can be organized in a non-territorial way. The concept of non-territorial autonomy, commonly known as “cultural autonomy,” can be defined as the granting of autonomous powers to ethnocultural groups regardless of where members reside, in areas related to their exclusive domain, such as education and cultural affairs⁶³. In such cases, it depends on the geographic dispersion or location and the demographic structure of the ethnocultural groups in divided societies to determine the most effective form of autonomy. Although territorial autonomy and cultural autonomy are two separate models, they are not necessarily mutually exclusive. On the contrary, they complement each other because they are derived from the same wisdom. Cultural autonomy can also be practiced within regions with territorial autonomy as in the examples of Belgium and Canada. Autonomy is a much more effective system for ethnocultural groups when applied together with other principles of consociationalism. The minority veto or mutual veto principle of

⁵⁵ MCGARRY/O’LEARY/SIMEON, p.58; O’LEARY, “Debating Consociational Politics”, p.12-13.

⁵⁶ MCCULLOCH, p.11.

⁵⁷ LIJPHART, *Thinking About Democracy*, p.80-81; LIJPHART, “The Wave of Power-Sharing Democracy”, p.49.

⁵⁸ O’LEARY, Brendan: “Power Sharing: An Advocate’s Conclusion”, in McEvoy, Joanne/O’Leary, Brendan (ed.), *Power Sharing in Deeply Divided Places*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 2013, p. 389; See also O’LEARY, Brendan: “Consociation: Refining the Theory and a Defence”, *International Journal of Diversity in Organizations, Communities, and Nations*, 3, 2003, p.693-755. The concept of a “collective presidency system” has been used to describe the fundamental characteristics of any system, rather than being a specific government system within the classification of constitutional law. Although the Swiss government system is typically classified as an assembly government system in the classification of government systems conducted by constitutional law, it is considered a sui generis system due to its many aspects that distinguish it from the classic assembly government system. GÜLSÜN, Ramazan: “İsviçre Hükümet Sistemi”, *International Journal of Legal Progress*, 2(2), 2016, p.138-148.

⁵⁹ LIJPHART, “The Wave of Power-Sharing Democracy”, p.52; LIJPHART, *Democracy in Plural Societies*, p.38-39.

⁶⁰ MCCULLOCH, p.12.

⁶¹ LIJPHART, *Democracy in Plural Societies*, p.41.

⁶² LIJPHART, “Constitutional Design for Divided Societies”, p.104; LIJPHART, “The Wave of Power-Sharing Democracy”, p.51. “Territorial pluralism” systems, which will ensure the autonomy of ethnocultural groups on a geographical or territorial basis, are possible in many different forms. WOLFF, Stefan: “Consociationalism: Power-Sharing and Self- Governance”, in Yakinthou, Christalla/Wolff, Stefan (ed.), *Conflict Management in Divided Societies: Theories and Practice*, Routledge, London 2011, p.29-30.

⁶³ MCCULLOCH, p.16.

consociationalism is one that guarantees autonomy.

According to the minority veto principle, ethnocultural groups in divided societies have power to reject any legislation or constitutional amendment that they perceive threatens them. It gives each ethnocultural group in a divided society an assurance that they will not be excluded when it comes to their “vital issues”⁶⁴. This principle of consociationalism makes it impossible to make legal designs with the will of the majority on such issues without the consent of ethnocultural groups. Lijphart describes this principle as the final weapon that minorities need to protect their vital interests⁶⁵. As Özbudun points out, “minority veto is the most radically conflicting with the principle of majority rule among all means of consociational democracy”⁶⁶. Through this principle, it becomes more possible for ethnocultural groups who see their identities as secure, to live together in peace by transforming social polarization into accommodation.

On the other hand, consociational power sharing is typically criticized as further entrenching and institutionalizing pre-existing and often conflict-hardened ethnocultural identities, thus decreasing the incentives for elites’ moderation. This empirically valid criticism of the traditional or corporate form of consociationalism has lost its validity with liberal consociationalism⁶⁷; whereas a “corporate consociation accommodates groups according to ascriptive criteria,” a liberal consociation “rewards whatever salient political identities emerge in democratic elections, whether these are based on ethnic groups, or on sub-group or trans-group identities”⁶⁸.

The consociational power sharing method for divided societies being a more democratic solution compared to other existing strategies and methods does not imply that it is flawless and perfect⁶⁹. Furthermore, consociationalism is not a panacea or an easily applicable system. In this context, various criticisms are made about consociational power sharing, which can be categorized into three perspectives: theoretical, normative, and pragmatic, as classified by Wolff. The theoretical perspective argues that consociationalism is built upon an uncertain and evolving conceptual basis. The normative perspective claims that it is not democratic. The pragmatic perspective contends that consociationalism does not lead to stable consensus and resolution⁷⁰. Advocates of the consociational power-sharing system have rejected some of these criticisms as baseless, while in response to others, they have reviewed and improved their theories. However, within the framework of these criticisms, they believe that there are very few if any, serious alternatives presented against the consociational power sharing model for deeply divided societies⁷¹.

The most prominent criticism against consociationalism is that the consociational system is unsustainable and cannot be successful due to its complex nature. The consociational system can hinder efficiency in decision-making and lead to stagnation and instability. The extensive executive power-sharing among ethnic groups can make decision-making difficult and even impossible. Consequently, such a situation can lead to the system’s gridlock and collapse. Furthermore, the principle of mutual veto, another element of consociationalism, can also contribute to the deadlock of the system⁷². This critical approach also argues empirically that very few consociational experiences have been successful and that consociational democracies generally collapse. Despite claims that very few consociational examples have been successful, there are indeed many consociational experiences that have been successful for a considerable period. Moreover, it is not possible to attribute the failure of empirically unsuccessful experiences solely to the nature of consociationalism⁷³. For instance, the failure of the consociational experience in Northern Ireland during 1973-1974 was not inherent to the nature of the consociational system but rather due to inadequate implementation of the consociational system. Based on the lessons learned from this failed experience, a

⁶⁴ LIJPHART, Arend: “Majority Rule versus Democracy in Deeply Divided Societies”, *Politikon*, 4(2), 1977, p.118.

⁶⁵ LIJPHART, Arend: “Self-Determination versus Pre-Determination of Ethnic Minorities in Power-Sharing Systems”, in Kymlicka, Will (ed.), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford University Press, Oxford 1995, p.278.

⁶⁶ ÖZBUDUN, p.100.

⁶⁷ WOLFF, Stefan: “Post-Conflict State Building: The Debate on Institutional Choice”, *Third World Quarterly*, 32(10), 2011, p.1783.

⁶⁸ MCGARRY, John/O’LEARY Brendan: “Iraq’s Constitution of 2005: Liberal Consociation as Political Prescription”, *International Journal of Constitutional Law*, 5(4), 2007, p.675.

⁶⁹ LIJPHART, “The Wave of Power-Sharing Democracy”, p.46.

⁷⁰ WOLFF, “Consociationalism: Power-Sharing and Self-Governance”, p.38; WOLFF, “Post-Conflict State Building”, p.1789.

⁷¹ LIJPHART, “Constitutional Design for Divided Societies”, p.98.

⁷² MÜHLBACHER, Tamirace Fakhoury: *Democracy and Power-Sharing in Stormy Weather: The Case of Lebanon*, Vs Verlag Publisher, Wiesbaden 2009, p.48.

⁷³ Lijphart asserts that the practical failures of consociationalism are often exemplified by the cases of Cyprus (1960-1963) and Lebanon (1943-1975). However, it is important to note that these two examples are not the only instances of unsuccessful consociationalism; there are other instances as well. Nevertheless, there exist numerous consociational experiences that have been successful and stable over extended periods. Notable examples include Switzerland (since 1943), Belgium (since 1970), the Netherlands (between 1917-1967), Austria (between 1945-1966), Bosnia-Herzegovina (since 1995), Northern Ireland (since 1998), and Macedonia (since 2000). These contemporary cases serve as exemplars of successful and enduring consociationalism. It is worth mentioning that the Lebanese experience, often cited as an unsuccessful example of consociationalism, persisted for a significant duration from 1943 to 1975. The collapse of the consociational system in Lebanon was attributable to various factors, not solely internal ones. The civil war that erupted in 1975 was not a typical internal conflict but rather an international struggle unfolding on Lebanese soil. Furthermore, weaknesses in the Lebanese consociational power-sharing system contributed to its downfall. Subsequently, Lebanon established a new consociational system through the Taif Treaty in 1989, rectifying the shortcomings of the previous system. Since 1989, the consociational system has been reinstated in Lebanon. Lijphart argues that the key lesson to be gleaned from the Lebanese example is the necessity of repairing and enhancing the consociational system for divided societies, rather than replacing it entirely. LIJPHART, “The Wave of Power-Sharing Democracy”, p.41-42.

consociational system was later established in Northern Ireland through the Belfast Agreement in 1998, addressing the previous shortcomings.

VI. CONCLUSION

Many states in today's world must confront various challenges related to conflicts among ethnocultural groups. Demands developed within the framework of ethnocultural identities have transformed them into political identities. This transformation reflects political arguments through ethnocultural spectacle, in which political and ethnocultural conflicts correspond to each other.

Although each society, polarized and divided along ethnocultural lines, has its own dynamics and conditions, each also shares many common features. Ethnocultural diversity in any society is not itself a cause of societal division; on the contrary, such conflicts—just like ethnocultural and national identities— are of a “constructive” nature and occur due to various social and political reasons.

A society in which ethnocultural identities and nation-state identity are incompatible can lead to the denial of recognition of some ethnocultural groups, especially minority groups, in the public sphere. Their exclusion from political authority and power mechanisms causes ethnic conflicts and social divisions. Realizing the requirements of their ethnocultural identities without facing any restrictions and/or fearing and being recognized equally in the public sphere constitutes the most fundamental demand of ethnocultural groups. A policy that denies or represses the demands for freedom and recognition of ethnocultural groups will cause sub-communities in society to consolidate around ethnocultural identities and to divide/polarize based on these identities. In this sense, the integration approach, traditionally employed in modern nation-states and based on the single-identity policy in the public sphere, does not have the potential to offer a resolution for the design of ethnocultural identities in divided societies. On the contrary, the designs envisaged by the integrating approach may be the main reason for the polarization and conflict among a ethnocultural groups, particularly in divided societies. Moreover, the evaluation of ethnocultural identities as easily transformable constituting one of the reasons that enable integration to support a common single identity in the public sphere does not correspond to the more resistant characteristics of ethnocultural identities in divided societies. In these societies, ethnocultural groups adopt a more defensive manner to protect their identities.

Contrary to the integration approach, policies that recognize ethnocultural identities in the public sphere and thus give them more assurance and a sense of trust, are more appropriate for the structure of divided societies. Such an approach is accommodation/power-sharing, which is based on the policy of multi-identity in the public sphere, and advocates the equal recognition of ethnocultural identities. In this approach, “multiculturalist” methods reflect the “multiculturality” of society in the public sphere. Multiculturalism, on the other hand, requires groups with ethnocultural identities to be “autonomous” and to be proportionally represented in the main political institutions of the state, giving them the power to take decisions on issues related to them. The autonomy and representative participation of ethnocultural groups as the minimum level of multiculturalism policy provides strong guarantees for preserving and maintaining ethnocultural identities. Such designs, which eliminate the perception of the threat that ethnocultural identities will be damaged or destroyed, allow ethnocultural groups to live together in peace. However, the high level of political polarization of ethnocultural groups in societies that are deeply divided requires designs to include more specific principles to ensure the safety of their identities. For this reason, the importance and effectiveness of the consociational power-sharing method, which is one of the sub-forms of the multiculturalism policy or the accommodation/power-sharing approach, specific to societies that are deeply divided along ethnocultural lines, acquire meaning. Consociationalism gives more confidence to ethnocultural identities by providing a multi-identity policy with special principles and additional designs in societies that are deeply divided and/or conflicted along ethnocultural lines, thus providing more opportunities for ethnocultural groups to co-exist peacefully.

BIBLIOGRAPHY

- BARRY, Brian: *Culture and Equality: An Egalitarian Critique of Multiculturalism*, Harvard University Press, Cambridge/MA 2001.
- BRASS, Paul R.: *Ethnicity and Nationalism: Theory and Comparison*, Sage Publication, London 1991.
- CHOUHRY, Sujit: “Bridging Comparative Politics and Comparative Constitutional Law: Constitutional Design in Divided Societies”, in Choudhry, Sujit (ed.), *Constitutional Design for Divided Societies: Integration or Accommodation?*, Oxford University Press, Oxford & New York 2008.
- COAKLEY, John: “The Resolution of Ethnic Conflict: Towards a Typology”, *Int. Political Science Review*, 13(4), 1992.
- ÇELİK, Ayşe Betül: “Etnik Çatışmaların Çözümünde Siyaset Bilimi ve Uyuşmazlık Çözümü Yaklaşımları”, in Beriker, Nimet (ed.), *Çatışmadan Uzlaşmaya Kuramlar, Süreçler ve Uygulamalar*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2009.
- ERIKSEN, Thomas Hylland: *Etnisite ve Milliyetçilik: Antropolojik Bir Bakış*, Trans. Ekin Uşaklı, Avesta Yayınları, İstanbul 2004.
- GALTUNG, Johan: “Violence, Peace, and Peace Research”, *Journal of Peace Research*, 6(3), 1969.
- GÜLSÜN, Ramazan: “İsviçre Hükümet Sistemi”, *International Journal of Legal Progress*, 2(2), 2016.
- HENDERSON, Errol A.: “Culture or Contiguity: Ethnic Conflict, the Similarity of States, and the Onset of War, 1820-1989”, *The Journal of Conflict Resolution*, 41(5), 1997.
- HOROWITZ, Donald L.: “Ethnic Conflict Management for Policymakers”, in Montville, Joseph V. (ed.), *Conflict and Peacemaking in Multiethnic Societies*, Lexington Books, Lexington 1990.

- KUPER, Adam: Culture: The Anthropologists' Account, Harvard University Press, Cambridge/MA 1999.
- KURUBAŞ, Erol: "Etnik Sorunlar: Ulus-Devlet ve Etnik Gruplar Arasındaki Varoluşsal İlişki", Doğu ve Batı Düşünce Dergisi, (44), 2008.
- KYMLICKA, Will: Multicultural Odysseys: Navigating the New International Politics of Diversity, Oxford University Press, Oxford 2007.
- LIJPHART, Arend: Democracy in Plural Societies: A Comparative Exploration, Yale University Press, New Haven 1977.
- LIJPHART, Arend: "Majority Rule versus Democracy in Deeply Divided Societies", Politikon, 4(2), 1977.
- LIJPHART, Arend: "Consociation: The Model and its Applications in Divided Societies", in Rea, Desmond (ed.), Political Co-operation in Divided Societies, Gill and Macmillan, Dublin 1982.
- LIJPHART, Arend: "Self-Determination versus Pre-Determination of Ethnic Minorities in Power-Sharing Systems", in Kymlicka, Will (ed.), The Rights of Minority Cultures, Oxford University Press, Oxford 1995.
- LIJPHART, Arend: "The Wave of Power-Sharing Democracy", in Reynolds, Andrew (ed.), The Architecture of Democracy: Constitutional Design, Conflict Management, and Democracy, Oxford University Press, Oxford 2002.
- LIJPHART, Arend: "Constitutional Design for Divided Societies", Journal of Democracy, 15(2), 2004.
- LIJPHART, Arend: Thinking About Democracy: Power Sharing and Majority Rule in Theory and Practice, Routledge, London 2008.
- MCCULLOCH, Allison: Power-Sharing and Political Stability in Deeply Divided Societies, Routledge, London 2014.
- MCGARRY, John/O'LEARY Brendan: "Introduction: The Macro-Political Regulation of Ethnic Conflict", in McGarry, John/ O'Leary, Brendan (ed.), The Politics of Ethnic Conflict Regulation: Case Studies of Protracted Ethnic Conflicts, Routledge, London 1993.
- MCGARRY, John/O'LEARY Brendan: "Iraq's Constitution of 2005: Liberal Consociation as Political Prescription", International Journal of Constitutional Law, 5(4), 2007.
- MCGARRY, John/O'LEARY Brendan/SIMEON Richard: "Integration or Accommodation? The Enduring Debate in Conflict Regulation", in Choudhry, Sujit (ed.), Constitutional Design for Divided Societies: Integration or Accommodation?, Oxford University Press, Oxford & New York 2008.
- O'FLYNN, Ian: "Democratic Theory and Practice in Deeply Divided Societies", Representation, 46(3), 2010.
- O'LEARY, Brendan: "Consociation: Refining the Theory and a Defence", International Journal of Diversity in Organizations, Communities, and Nations, 3, 2003.
- O'LEARY, Brendan: "Debating Consociational Politics: Normative and Explanatory Arguments", in Noel, Sid (ed.), From Power-Sharing to Democracy: Post-Conflict Institutions in Ethnically Divided Societies, McGill-Queen's University Press, Montreal 2005.
- O'LEARY, Brendan: "Power Sharing in Deeply Divided Places: An Advocate's Introduction", in McEvoy, Joanne/O'Leary, Brendan (ed.), Power Sharing in Deeply Divided Places, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 2013.
- O'LEARY, Brendan: "Power Sharing: An Advocate's Conclusion", in McEvoy, Joanne/O'Leary, Brendan (ed.), Power Sharing in Deeply Divided Places, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 2013.
- ÖZBUDUN, Ergun: Anayasalcılık ve Demokrasi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2015.
- SCHWARTZ, Alex: "Patriotism or Integrity? Constitutional Community in Divided Societies", Oxford Journal of Legal Studies, 31(3), 2011.
- SISK, Timothy D.: Power Sharing and International Mediation in Ethnic Conflict, United States Institute of Peace, Washington DC 1996.
- SMITH, Anthony D.: Milli Kimlik, Trans. Bahadır Sina Şener, 8. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2016.
- TAYLOR, Charles: "Tanınma Politikası", in Amy Gutmann (ed.), Çokkültürcülük: Tanınma Politikası, Trans. Yurdanur Salman, 3. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2010.
- TAYLOR, Rupert: "Introduction: The Promise of Association Theory", in Taylor, Rupert (ed.) Consociational Theory: McGarry and O'Leary and Northern Ireland, Routledge, London 209.
- United Nations Development Programme (UNDP): Human Development Report 2004: Cultural Liberty in Today's Diverse World, Oxford University Press, New York 2004.
- WOLFF, Stefan: "Post-Conflict State Building: The Debate on Institutional Choice", Third World Quarterly, 32(10), 2011.
- WOLFF, Stefan: "Consociationalism: Power-Sharing and Self-Governance", in Yakinthou, Christalla/Wolff, Stefan (ed.), Conflict Management in Divided Societies: Theories and Practice, Routledge, London 2011.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Salim ORHAN, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Salim ORHAN who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlalde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that he complies with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that he does not make any falsification of the data collected. In addition, he declares that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNUN DABUS'LA İMTİHANI: YAPAY ZEKÂ SİSTEMLERİ BULUŞ SAHİBİ OLARAK KABUL EDİLEBİLİR Mİ?

INTELLECTUAL PROPERTY LAW'S TEST WITH DABUS: CAN ARTIFICIAL INTELLIGENCE SYSTEMS BE RECOGNISED AS INVENTORS?

Sevda BORA ÇINAR *  

Makale Bilgi

Gönderi: 11/04/2023
Kabul : 07/08/2023

Anahtar Kelimeler

*Yapay Zekâ,
Buluş Sahibi,
Fikri Mülkiyet,
Teknoloji Hukuku,
Dijital Dönüşüm.*

Article Info

Received: 11/04/2023
Accepted: 07/08/2023

Keywords

*Artificial Intelligence,
Inventor,
Intellectual Property,
Technology Law,
Digital Transformation.*

Özet

Yapay zekâ teknolojilerinin gelişimiyle birlikte insan egemen pek çok alanda, tasarımcısını aşan düzeyde özgün ürün ve hizmetler ortaya çıkarabilen yapay zekâ sistemlerine her gün bir yenisini daha eklenmektedir. Yapay zekâ sistemlerinin hukuken kişi olarak tanınmaması ve ortaya çıkan ürün ve hizmetlerin ise sistem sahipleriyle doğrudan bir bağı kurulamaması neticesinde, fikri mülkiyet hukuku, sahipsiz haklar sorunuyla yüzleşmek zorunda kalan hukuk alanlarından ilki olmuştur. Çalışmamızda öncelikle, bir yapay zekâ sistemi olan DABUS'un çıktısı olduğu iddia edilen ve dolayısıyla DABUS'un "buluşu yapan" olarak işaret edildiği patent başvuruları ve bu başvurulara ilişkin ilgili ülkelerin tartışma ve soruna yaklaşımları incelenmiştir. Sonrasında uluslararası boyutta etki ve kapsam olarak hızla artan yapay zekâ sistemlerinin hukuki nitelik tartışmaları, "buluşçu yapay zekâ" çerçevesinde fikri mülkiyet hukuku boyutuyla ele alınmıştır. Yalnızca fikri mülkiyet hukuku açısından değil, yapay zekâ sistemlerinin etkin olduğu her alanda belirsizliklerin giderilmesi adına teknolojilerin hukukileşmesi sürecine hız verilmesi gerektiğini gösteren bu tartışmalar, gelişimin engellenmesinin aksine hem hukukun hem de teknolojinin geliştirilmesi için bir fırsat olarak değerlendirilmelidir.

Abstract

With the development of artificial intelligence technologies, a new one is being added every day to artificial intelligence systems that can produce original products and services in many human-dominated fields at a level exceeding the designer. As a result of the fact that artificial intelligence systems are not legally recognised as persons and the resulting products and services cannot be directly linked to the system owners, intellectual property law has become one of the first areas of law that has to face the problem of ownerless rights. In our study, the patent applications, which are claimed to be the output of DABUS, an artificial intelligence system, and therefore DABUS is labelled as the "inventor", and the discussions and approaches of the relevant countries to the problem regarding these applications are examined. Afterwards, the discussions on the legal nature of artificial intelligence systems, which are rapidly increasing in terms of impact and scope in the international arena, are analysed from the perspective of intellectual property law within the framework of "inventive artificial intelligence". These discussions, which show that the process of legalisation of technology should be accelerated to eliminate uncertainties not only in terms of intellectual property law, but also in all field where artificial intelligence systems are effective, should be considered as an opportunity for the development of both law and technology.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

* Arş. Gör. Dr. Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** BORA ÇINAR, Sevda, "Fikri Mülkiyet Hukukunun Dabus'la İmtihani: Yapay Zekâ Sistemleri Buluş Sahibi Olarak Kabul Edilebilir Mi?", İnÜHFD, 14(2), 2023, s.387-400. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

With the development of artificial intelligence technologies, in many human-dominated areas, the reality in practice no longer coincides with the regulations in the field of law. One of these areas is Intellectual Property Law. In intellectual property law, the concept of the inventor has brought only human beings to mind for a long time. However, this acceptance has started to be rapidly shaken by the realisation that it is possible for artificial intelligence systems to produce patentable outputs autonomously and with an originality that exceeds the designers. DABUS, which is one of the artificial intelligence systems that shook the acceptance of human inventors in the field of intellectual property, has pioneered in bringing the upcoming digital transformation to the legal agenda in many countries, together with the outputs it produces and the movement of The Artificial Inventor Project, which advocates that this system should be pointed out as the inventor of these outputs.

In our study, firstly, the DABUS artificial intelligence system, the outputs of this system subject to patent applications, and the team and activities of the Artificial Inventor Project are briefly explained. Afterwards, the patent applications made by the project team are discussed within the framework of the legislation of the relevant countries and the approaches and evaluations in the examination process of the applications. After forming a general idea about the discussions on inventive artificial intelligence in the international arena, the problem is addressed within the framework of Turkish intellectual property law, taking into account the possibility of a similar application in Turkey. Finally, by emphasising that the main problem is not whether artificial intelligence systems can be accepted as inventors, but whether these systems can be accepted as right holders, the study concludes with a holistic evaluation within the framework that the issue requires a radical legal transformation and reform within the framework of legislative activities rather than a judicial interpretation.

While establishing intellectual property law aiming at the development of technology and the promotion of innovations, it is understandable that the process of making an invention, which is based on human skills such as creativity, intelligence, innovation and solution generation, meets the human being. However, as a result of the rapid transfer of human-specific fields and abilities to technological materials, the reality in practice is losing its harmony with the assumptions in the laws day by day. It is not a new situation that the relatively fixed legislation becomes insufficient to eliminate the problems in practice, which is in constant change. However, the question of whether artificial intelligence systems can be recognised as inventors in the face of the fact that artificial intelligence systems produce original and innovative outputs autonomously and beyond the designer is an issue for which the judiciary is not prepared. Although some uncertainties between practice and legislation can be resolved through judicial interpretation, this issue points to a deep gap between practice and legislation, which necessitates legislative action.

If the members of the judiciary, who are bound by the legislation in the field of jurisdiction, expand the concept of a person or bend the assumptions about having rights, this contradicts many basic legal principles such as legality, predictability of law, and the inability of the judiciary to legislate. Therefore, not recognising artificial intelligence systems as inventors is considered to be an approach that is within the jurisdiction of the judiciary and compatible with the existing patent system. In a way, this approach, which is a declaration of the obvious, is such a reasonable assessment that it is possible to eliminate the uncertainty raised by the DABUS movement even by adding this negative assessment to the handbook of practice on the functioning of the patent office as in the United Kingdom. Although the non-recognition of artificial intelligence systems as inventors can be demonstrated through such simple regulations and interpretation, the acceptance of artificial intelligence systems as inventors does not seem to be possible even with a regulation provision, even with court case law, and it is thought to require a radical legal reform and a major transformation in all relevant legislation, even requiring a referendum. It is clear that whether this acceptance is really necessary and whether there is a real need for it should be addressed separately. If, as a result of all these evaluations, it is concluded that the current entitlement framework is inadequate and does not meet the requirements of the age, the expansion of this scope will only be possible through a comprehensive legislative policy and strategy.

As a result, if it is considered that artificial intelligence systems should be accepted as inventors, it should be accepted that this decision falls within the field of activity of the legislature, not the judiciary. Nevertheless, it is important that this issue is discussed in the judiciary and kept on the agenda. As a matter of fact, it is the judicial evaluations reflecting the needs in practice that make it possible to engage in such an activity in the legislative field. When such discussions become widespread, uncertainties are revealed and it is accepted that the existing regulations do not correspond to the legal reality, this issue will sooner or later be brought to the agenda of the legislator. As a matter of fact, many researches and analyses are being conducted at national and international levels, and studies are being carried out on the legal framework of artificial intelligence systems.

The scope of what the law recognises as the subject of the right is shaped by social needs, consciousness, awareness, culture, and economic and social changes, over a long period of time and in essence a long struggle. The expansion of a similar expansion to include artificial intelligence systems will proceed in parallel with the reassessment of the meaning of being human and having rights with a new framework and, in a way, with the impact of technology on society. As technology shakes past habits and assumptions, it will be possible for technological materials to consolidate their place on the legal scene and for digital transformation to accelerate. As John Maynard Keynes emphasised: *"The difficulty lies, not in the new ideas, but in escaping the old ones, which ramify, for those brought up as most of us have been, into every corner of our minds"*. This quotation has been translated into Turkish with the DeepL Translator Programme. While the author was thinking of using the term "wrap" for the concept of "ramify", the artificial intelligence assisted translation programme suggested the use of a powerful and rhetorical concept such as "to branch out" for the same concept. As can be seen, due to this strong translation capability and the value it adds to our study, special attention has been paid to citing the translation programme in every case where it is used, starting from the first citation. Perhaps what Intellectual Property law should do is to generalise this personal sensitivity. As a matter of fact, at the point where technological systems contribute like humans or more than humans, their ability to receive the attribution required by their contributions and to be made visible should be considered as a requirement of the rule of honesty towards the labour and creativity of both the people who develop these systems and other people who create ideas and products without using these systems, even if not in terms of these systems.

I. GİRİŞ

Yapay zekâ teknolojilerinin geliştirilmesiyle birlikte, insan egemen pek çok alanda köklü değişimler yaşanmakta, uygulamadaki gerçeklik, hukuk alanındaki düzenlemelerle artık örtüşmemeye başlamaktadır. Bu alanlardan biri de Fikri Mülkiyet Hukuku olarak karşımıza çıkmaktadır. Fikri mülkiyet hukukunda patent hakkına ilişkin olarak yenilik, yaratıcılık, çözüm üretme ve özgünlük bağlamında buluşu yapan kavramı, uzunca bir süre akla yalnızca insanı getirmiştir. Ancak bu kabul, yapay zekâ sistemlerinin otonom olarak ve tasarımcısını aşacak özgünlükte patentlenebilir nitelikte çıktılar üretebilmesinin mümkün olduğunun anlaşılmasıyla birlikte hızla sarsılmaya başlamıştır. Fikri mülkiyet alanında insan buluşu kabulünü sarsan yapay zekâ sistemlerinden biri olan DABUS¹, ürettiği çıktılar ve bu çıktılara yönelik buluşu olarak yine bu sistemin işaret edilmesi gerektiğini savunan Yapay Mucit Projesi (*The Artificial Inventor Project*)² hareketiyle birlikte, pek çok ülkede yaklaşan dijital dönüşümün hukuk gündemine taşınmasında öncülük etmiştir. Bu sebeple çalışmamız, bu proje kapsamında uluslararası alanda fitili ateşlenen tartışmalar izdüşümünde, Türk hukuku açısından konunun nasıl ele alınması gerektiğine yönelik bütünsel bir resim oluşturma hedefini taşımaktadır.

Çalışmamızda öncelikle, DABUS yapay zekâ sistemi, bu sistemin patent başvurusuna konu edilen çıktılarını, Yapay Mucit Projesinin ekibi ve faaliyetleri hakkında kısaca bilgi verilmektedir. Sonrasında proje ekibinin yapmış olduğu patent başvuruları, ilgili ülkelerin mevzuatı ve başvuruların incelenme sürecindeki yaklaşım ve değerlendirmeler çerçevesinde ele alınmaktadır. Uluslararası alanda buluşu yapay zekâ tartışmalarına yönelik genel bir fikir oluşturulduktan sonra, benzer bir başvurunun Türkiye’de yapılması olasılığı göz önüne alınarak, Türk fikri mülkiyet hukuku çerçevesinde sorun ele alınmaktadır. Son olarak ise temel sorunun yapay zekâ sistemlerinin buluş sahibi olarak kabul edilip edilemeyeceği değil, özünde bu sistemlerin hak sahibi olarak kabul edilip edilemeyeceği meselesi olduğuna vurgu yapılarak, konunun yargısal bir yorumdan ziyade yasama faaliyetleri çerçevesinde köklü bir hukuki dönüşüm ve reform gerektirdiği çerçevesinde bütünsel bir değerlendirme ile çalışma sonlanmaktadır.

II. DABUS YAPAY ZEKÂ SİSTEMİ VE YAPAY MUCİT PROJESİ

A. DABUS Yapay Zekâ Sistemi

1. DABUS’un Çalışma Mekanizması

DABUS, Imagination Engines Incorporated adlı teknoloji şirketinin başkan ve CEO’su olan Dr. Stephen Thaler tarafından geliştirilmiş bir yapay zekâ sistemidir. Salt hukuk bilgisiyle, karmaşık bir yapay zekâ sisteminin çalışma mekanizması ve çıktılarının oluşturulma süreçlerinin detaylıca açıklanması ve analiz edilmesinin zorluğu açıktır. Ancak sistemin çıktıları hakkında isabetli bir hukuki değerlendirme yapılabilmesi için sistemin çalışma mekanizmasının çerçevesinin doğru çizilmesi ve genel olarak kavranmasının gerekli olduğu düşünülmektedir.

Dr. Stephen Thaler tarafından geliştirilen bu sistemin çalışma mekanizmaları, buluş sahibi olarak yine Dr. Stephan Thaler’in işaret edildiği bir dizi fikri mülkiyet hakları ile koruma altındadır³. Bu haklara ilişkin özet bilgilerden birine göre⁴, bu sistem, içerisinde eğitilen ve kendisine uygulanan çeşitli pertürbasyon biçimleri yoluyla yeni çıktı örüntüleri üretmeye teşvik edilen bir sinir ağını kullanan bir “keşif sistemi” ve aynı şekilde bu sistem içerisinde yerinde eğitilebilen ve bu tür yeni örüntüleri yararları veya değerleriyle ilişkilendirmeyi öğrenerek bu örüntülerden daha yararlı veya değerli olanlarının eski ağ içerisinde pekiştirmeli öğrenimini tetikleyen bir “eleştirel sinir ağı” içermektedir. Kendi kendine öğrenen bu iki yapay sinir ağları arasındaki isteğe bağlı geri bildirim mekanizmaları, bu sistemin yararlı kavramlara veya eylem planlarına doğru yakınsamasını hızlandırmak için kullanılmaktadır. Diğer bir patentteki özet bilgilerde de benzer şekilde en az bir tanıma ve bir eleştirmen sistem içeren yapay sinir ağlarının çalışmasından söz edilmektedir⁵. Eleştirmen sistem ağı, en yenilikçi fikirleri elemek ve geliştirmek için karışıklıkları dahil edip çıkaran duygusal bir tepki üretmektedir⁶. Keşif sistemi ağı, yalnızca bir bilinç akışı olarak adlandırılacak şeyleri göstermekteyken, eleştirel sistem ağı, keşif ağı içindeki bilişsel dönüşüm hakkında bir tutum da geliştirmektedir⁷. Cihaz, hiçbir öğrenme olmadan başlayarak, kümülatif deney ve öğrenme döngüleri yoluyla kendini giderek daha yüksek uyarlanabilir veya yaratıcı yetkinlik seviyelerine çıkarabilmektedir. Dolayısıyla bu sistem bir yönüyle “Yaratıcılık Makinesi” olarak çalışmaktadır.

¹ Açılımı “*Device for the Autonomous Bootstrapping of Unified Sentience*” olan sistemin “*Birleşik Duyarlılığın Otonom Önyüklemesi için Aygıt*” şeklinde Türkçe’ye çevrilmesi mümkündür. Bu çeviri başta olmak üzere, kavramsal ve teknik çeviri gerektiren araştırma ve aktarma faaliyetlerinde, yazar olarak doğru ifadenin seçiminde tereddüt edildiği durumlarda, daha sofistike ve bağlamsal öneriler sunabilen DeepL Translator (<https://www.deepl.com/translator>) adlı yapay zekâ teknolojisi kullanılan çeviri programından destek alınmıştır.

² “The Artificial Inventor Project”, hukuki nitelendirme esas alınarak her ne kadar “Yapay Buluşu/Buluşu Yapan Projesi” olarak çevrilebilse de buluş yapmanın insana has kabul edildiği köklü anlayışı yansıtmaya adına projenin adlandırılmasında “buluşçu” yerine “mucit” kavramının kullanılmasının daha yerinde olacağı düşünülmüştür. Nitekim mucit kavramı hukuk alanındaki tartışmayı ve insan olmakla kaim kavramlardaki dönüşüm ve değişim sürecini yansıtmaya bakımından çarpıcı bir kavram çatısı oluşturmaktadır.

³ İlgili patentlerin listesi ve özet açıklamaları için bkz. “Imagination Engines Incorporated (IEI) Patents”, <https://www.imagination-engines.com/patents.html> (Erişim: 03.04.2023).

⁴ Amerika Birleşik Devletleri tarafından verilen US7454388B2 numaralı patentin içeriği hakkında detaylı açıklamalar için bkz. “Device for the autonomous bootstrapping of useful information”, <https://patents.google.com/patent/US7454388B2/en> (Erişim: 03.04.2023).

⁵ Amerika Birleşik Devletleri tarafından verilen US10423875B2 numaralı patentin içeriği hakkında detaylı açıklamalar için bkz. <https://patents.google.com/patent/US10423875B2/en> (Erişim:03.04.2023)

⁶ Detaylı bilgi için ayrıca bkz. http://imagination-engines.com/iei_dabus.php (Erişim: 11.01.2021).

⁷ Açıklamalar için ayrıca bkz. <https://www.imagination-engines.com/founder.html> (Erişim: 03.04.2023).

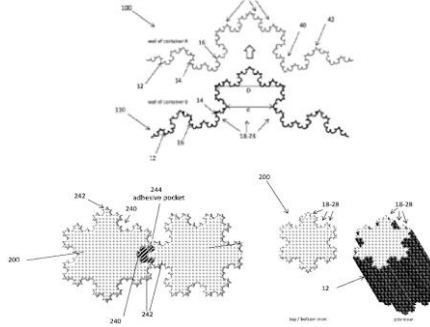
2. DABUS'un Çıktılarından Örnekler

DABUS'un çalıştırılması üzerine pek çok yaratıcı fikir ortaya çıkardığı düşünölmekle birlikte, patent başvurularına konu edilen ve dolayısıyla kamuoyuyla paylaşılan iki çıktısı üzerinde durulmaktadır. Bunlardan ilki fraktal konteyner (*Fractal Container*) buluşudur. *Fraktal*, matematiksel bir kavram olup oransal kırılma ya da benzer şekillerin örüntüleri özelliğiyle, kendine benzeyen şekiller oluşturabilen karmaşık şekilleri ifade etmektedir. Matematik alanındaki bu bilgiyi, nakliye sürecindeki paketleme ihtiyacı ve maliyetleriyle başa çıkmak için bir çözüme dönüştüren sistem, birbirine kenetlenen, bu şekilde kabını genişletebilen ve dolayısıyla ürünlerin paketlenmesinde kullanılarak ek bir paket, koli ya da konteyner gerektirmeyen bir paketleme şekli çıktısı sunmuştur (bkz. Görsel 1).

Bu buluşun teknik açıklaması ve sağlayacağı fayda ise şu şekilde özetlenmektedir:

“Kullanım amaçlı bir kap, örneğin içecekler için, dış yüzeyli bir duvara ve büyük ölçüde eşit kalınlıkta bir iç duvara sahiptir. Duvar, iç ve dış yüzeylerde bir dizi fraktal eleman sağlayan, duvar profilinde çukurlar ve çıkıntılar oluşturan ve dış veya iç yüzeylerden birinden görülen bir çukurun dış veya iç yüzeylerden diğesinde bir çıkıntı oluşturduğu fraktal bir profile sahiptir. Profil birden fazla konteynerin, konteynerlerin karşılık gelenleri üzerindeki çukur ve çıkıntılarının birbirine geçmesi yoluyla birbirine bağlanmasını sağlar. Profil aynı zamanda tutuşun yanı sıra kabın içine ve dışına ısı transferini de iyileştirir⁸”.

Görsel 1: Fraktal Konteyner (*Fractal Container*)



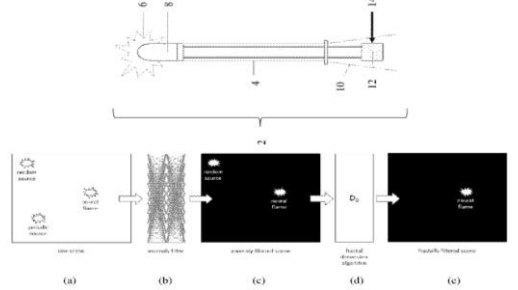
Kaynak: World Intellectual Property Organization (WIPO) IP Portal, WO2020079499⁹

DABUS'un patent başvurularına konu edilen ikinci çıktısı ise nöral alev (*Neural Flame*) buluşudur. Özellikle marka işaretleri, logolar ve tabelalar gibi dikkat çekilmesi istenen alanlarda faydalı olacağı düşünülen bu buluş, çevredeki enerji ve hareketi algılayarak bir bakıma dikkatler üzerine çekildiğinde daha da parlayan, bu sayede sabit bir frekans yerine dikkatleri çektiği ölçüde frekansını değiştirerek çevredekilerin dikkat ve odaklanma süresini artırmayı sağlayan bir ışık kaynağından yayılan nöral alevdir (bkz. Görsel 2).

Bu buluşun teknik açıklaması ve sağlayacağı fayda ise şu şekilde özetlenmektedir:

“Mevcut buluş, daha fazla dikkat çekmeye yönelik cihaz ve yöntemleri açıklamaktadır. Cihazlar şunları içerir: yaklaşık dört Hertz'lik bir darbe frekansı ve yaklaşık bir buçukluk bir darbe dizisi fraktal boyutu özelliklerine sahip bir laküner darbe dizisinin bir giriş sinyali; ve giriş sinyali tarafından titreşimli olarak çalıştırılmak üzere yapılandırılmış en az bir kontrol edilebilir ışık kaynağı; burada laküner darbe dizisinin bir sonucu olarak en az bir kontrol edilebilir ışık kaynağından yayılan bir nöral alev, insan veya yapay anormallik algılama filtrelerini seçici olarak tetikleyerek potansiyel olarak rekabet eden dikkat kaynakları üzerinde benzersiz bir şekilde tanımlanabilir bir sinyal işareti olarak hizmet edecek şekilde uyarlanmıştır, böylece daha fazla dikkat çeker¹⁰”.

Görsel 2: Nöral Alev (*Neural Flame*)



Kaynak: WIPO IP Portal, WO2020079499¹¹

⁸ İlgili açıklamanın orijinal metni için bkz. “Patents and Applications”, <https://artificialinventor.com/patent-applications/> (Erişim:04.04.2023). Çeviri için bkz. DeepL Translator, <https://www.deepl.com/translator> (Erişim: 04.04.2023).

⁹ WIPO IP Portal, Patentscope, https://patentscope.wipo.int/search/en/detail.jsf?docId=WO2020079499&_cid=P12-KCS16F-43450-1 (Erişim: 04.04.2023).

¹⁰ İlgili açıklamanın orijinal metni için bkz. “Patents and Applications”, <https://artificialinventor.com/patent-applications/> (Erişim:04.04.2023). Çeviri için bkz. DeepL Translator, <https://www.deepl.com/translator> (Erişim: 04.04.2023).

¹¹ WIPO IP Portal, Patentscope, https://patentscope.wipo.int/search/en/detail.jsf?docId=WO2020079499&_cid=P12-KCS16F-43450-1 (Erişim: 04.04.2023).

B. Yapay Mucit Projesi

DABUS'un yaratıcılık makinesi olarak çalıştırılması neticesinde ortaya çıkan fikir ve buluşların, bu sistemin çıktısı olduğu ortaya koyularak ve DABUS'a buluşçu olarak işaret edilerek hukuk sahnesinde korunmaya değer olduğuna inanan Dr. Stephen Thaler, yapay zekâ sistemlerinin buluş sahibi olarak tanınmasını hedefleyen "Yapay Mucit Projesi"ne öncülük etmektedir. Bu proje, geleneksel bir insan buluşçu veya yazarın yokluğunda yapay zekâ sistemleri tarafından üretilen çıktılar için fikri mülkiyet hukuku çerçevesinde koruma arayan bir dizi toplum yararına ve gönüllü olarak yürütülen patent başvurularında bulunmaktadır. Proje kapsamındaki bu başvurular, pek çok ülkeden patent vekillerinin katılımıyla oluşturulmuş uluslararası nitelikte, çeşitlilik ve kapsayıcılık taşıyan bir ekip desteğiyle yürütülmektedir¹².

Yapay Mucit Projesi ile yürütülen faaliyetin öz amacı, yapay zekâ gibi öncü teknolojilerin sosyal, ekonomik ve hukuki etkileri konusunu gündemde tutmak, belirsizlikleri görünür kılmak ve bunları gidermeye yönelik tartışma ve değerlendirmeleri teşvik etmektir¹³. Bu yolla da yapay zekâ tarafından üretilen çıktılardan korunması konusunda fikri mülkiyet alanı başta olmak üzere etkilenen her alanda hakların tanınması, korunması ve dijital dönüşümün sonuçları konusunda yasal stratejilere rehberlik edilmesi hedeflenmektedir. Gerçekten de bu proje sayesinde, yapay zekâ sistemlerinin inovasyon ve yaratıcılık alanında insan yeteneğini aşması olasılığında, bu orijinal çıktılardan nasıl ele alınması gerektiği konusundaki belirsizlik görünür hale getirilmiş ve bir bakıma hukuk bu konuyu ele almaya zorlanmıştır.

Henüz Türkiye'den gönüllü bir patent vekilinin projeye destek vererek ekibe dahil olmadığı görülmektedir. Ancak bu gerçekleşir ve projenin Türkiye ayağı da hayata geçirilirse, diğer ülkelerde olduğu gibi Türkiye'de de Türk Patent ve Marka Kurumu (TÜRKPATENT) odağında tartışma ve kararlar hukukun gündemine taşınacaktır. Sırf bu yaratıcı ve belirsizliği çözmeye yönelik eşi benzeri görülmemiş tartışmaların hem teori hem uygulama boyutuyla yaygınlık kazanması adına bile Türkiye'den de bir patent vekili tarafından bu projeye destek verilmesi Türk Fikri Mülkiyet Hukuku'nun gelişmesi adına ufuk açıcı olacaktır. Fikri mülkiyet hukukunun en ezber bozan sorunu ve imtihanına ışık tutmayı ve uluslararası boyutuyla konuyu ele almayı hedefleyen bu çalışmanın yapılma nedenlerinden biri de henüz TÜRKPATENT böyle bir başvuru ile yüzleşmemişken neyle karşı karşıya olunduğunun bütünsel bir resminin çizilmek istenmesidir.

III. YAPAY MUCİT PROJESİ KAPSAMINDA YAPILAN PATENT BAŞVURULARI VE İLGİLİ TARTIŞMALAR

Yapay Mucit Projesi kapsamında, buluşçu olarak DABUS'un gösterildiği pek çok patent başvurusunda bulunulmuştur. Bu başvurulardan şu an için Avustralya ve Avrupa Patent Ofisi (EPO)'ne yapılan başvurular reddedilmiştir. Amerika Birleşik Devletleri, Birleşik Krallık ve Almanya'da yapılan başvurular ise itiraz aşamasındadır. Brezilya, Kanada, Çin, Hindistan, İsrail, Japonya, Yeni Zelanda, Kore Cumhuriyeti, Suudi Arabistan¹⁴, Singapur, İsviçre, Tayvan ve son olarak eski başvuru değiştirilerek tekrar EPO'ya yapılan patent başvuruları ise inceleme aşamasındadır¹⁵. Şu an için sadece Güney Afrika'da yapılan patent başvurusu olumlu sonuçlanmış ve Güney Afrika, yapay zekâ sistemlerini buluşçu olarak kabul eden ve açıkça buluşun otonom olarak bir yapay zekâ sistemi tarafından oluşturulduğunu ortaya koyan ilk ülke olmuştur¹⁶. Başvurular üzerine yaşanan hukuki süreçlerin incelenmesine geçilmeden önce, proje ekibinin genel olarak iddialarını özetlemek faydalı olacaktır. Sonrasında ise bu iddiaların muhatabı olan patent ofisleri ve mahkemelerin değerlendirmeleri sırasıyla incelenecektir¹⁷.

Proje ekibinin temel iddiası, insan katkısı olmaksızın patentlenebilir çıktılar sunan yapay zekâ sistemlerinin buluşçu olarak gösterilmesinin, fikri mülkiyet hukukuna hakim olan *gerçek buluş sahibi ilkesi*¹⁸'nin bir gereği olduğu, sistem sahiplerinin katkısı olmadığı için bu kişilerin buluş sahibi olarak gösterilmesinin gereği yansıtmayacağı, hukukun gerçek durumu yansıtmakla yükümlü olduğu, kişi olmayan yapay zekâ sistemlerinin buluş sahibi olarak gösterilmesi üzerine bu başvuruların kabul edilmemesinin ise yine fikri mülkiyet hukukunun varlık nedeni olan teknolojinin geliştirilmesi ve yeniliklerin teşvik edilmesi amacına aykırılık oluşturacağı, ayrıca gerçek kişi buluşçuların, buluşçunun yapay zekâ sistemi olduğu açıklanmayan patentler sebebiyle motivasyonlarının azalabileceği yönündedir¹⁹.

Avustralya'da yapılan ve retle sonuçlanan AU 2019363177 numaralı patent başvuru süreci incelendiğinde, başvuruyu inceleyen komisyon, 1990 tarihli Patent Yasası 15(1) hükmü gereği²⁰, DABUS'un

¹² Ekip üyelerinin isim, kurum ve ülkelerini gösterir güncel liste için bkz. "The Team", <https://artificialinventor.com/about-the-team/> (Erişim: 03.04.2023).

¹³ Bilgi için bkz. "The Artificial Inventor Project", <https://artificialinventor.com/> (Erişim: 03.04.2023).

¹⁴ Ön inceleminin geçtiği ve esasa ilişkin incelemeye geçilmesi sebebiyle, prensipte sistemin buluşçu olarak kabul edildiğini düşündüren süreçte ilişkin Suudi Fikri Mülkiyet Kurumu (Saudi Authority of Intellectual Property)'nun bilgi paylaşımı için bkz. <https://artificialinventor.com/wp-content/uploads/2023/01/Formal-Acceptance.pdf> (Erişim: 04.04.2023).

¹⁵ İlgili ülkelere yapılan başvuruların ülke (başvuru numarası) olarak sıralandığı liste için bkz. "Patent Application Pending", <https://artificialinventor.com/patent-applications/> (Erişim: 05.04.2023).

¹⁶ ZA2021/03242 numaralı patent başvurusunun kabulüne ilişkin ilgili ilan için bkz. https://iponline.cipc.co.za/Publications/PublishedJournals/E_Journal_July%202021%20Part%202.pdf (Erişim: 04.04.2023).

¹⁷ İlgili başvuruların detaylı açıklamaları için bkz. BAYINDIR, Anıl Sena: Yapay Zeka Teknolojilerinin Ortaya Koyduğu Buluşların Patentlenebilirliği, Yetkin, Ankara, 2022, s.86-107.

¹⁸ İlke hakkında genel bilgiler için bkz. TEKİNALP, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, § 33, N. 1-4; BOZBEL, Savaş: Fikri Mülkiyet Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s.689.

¹⁹ İlgili iddiaların detaylarının yer aldığı ilgili mahkeme kararları, blog yazıları ve yayınlar için bkz. <https://artificialinventor.com> (Erişim: 10.04.2023).

²⁰ İlgili hüküm (Patents Act 1990 - SECT 15/1) şu şekildedir: "Kimlere patent verilebilir? Bu Kanuna tabi olarak, bir buluş için patent sadece a)buluş sahibi olan; b) buluş için patent verilmesi halinde, buluşu bir kişiye devretme hakkı olan, c) buluşun mülkiyetini

buluşçu kapsamında değerlendirilemeyeceğini tespit etmiş, buna yönelik itirazın incelendiği aşamada ise yeniliklerin teşviki, önceliğin patent verilebilir bir buluşun patentlenmesi olduğu, gerçekte buluşu yapanın gösterilmesi gerektiği, buluşçu ve patent hakkı sahibinin ayrı değerlendirilmesi ve kavramın içeriğinin zamana göre uyarlanması gerektiği gibi gerekçelerle ilk karar DABUS'un buluşçu olarak kabul edilmesi yönünde olmuştur²¹. Ancak bu karara patent komisyonunun itiraz etmesi üzerine alınan sonraki kararda ise buluşçunun gerçek kişi olması gerekip gerekmediği üzerinde inceleme yapılarak, ancak bir gerçek kişinin hak sahibi olabileceği ve dolayısıyla patent hakkını devredebileceği, kişi olmayan sistemin buluşçu kabul edilmesi halinde bu hakkı nasıl devredebileceği meselesinin çözümsüz kalacağı ve dolayısıyla mevcut patent sisteminde yalnızca gerçek kişiler buluşçu olabilirken patent hakkı sahibinin ise buluşçu ya da buluşçudan geçerli şekilde hakkın devralınmasıyla gerçek ya da tüzel kişi olmasının mümkün olduğu sonucuna varılarak, DABUS'un buluşçu olarak kabul edilemeyeceği, bunun bir yargı faaliyetiyle değil ancak yasama politikaları neticesinde kabul edilebileceği yönünde karar verilmiştir²². Karara ilişkin temyiz talebi de reddedilerek son karar kesinleşmiş ve sonuç olarak patent başvurusu kabul edilmemiştir²³.

EPO'ya yapılan ve reddedilen EP18275163 ve EP18275174 numaralı patent başvuruları süreci incelendiğinde, Avrupa Patent Sözleşmesi (EPC) m.81 ve kural 19 gereği²⁴, makinenin buluşçu olarak kabul edilemeyeceği, ayrıca makineye bir isim verilmesinin onu kişi yapamayacağı sonucuna varılmış ve iki başvuru da EPO tarafından reddedilmiştir²⁵. Bu kararlara yapılan itiraz üzerine, mahkeme, temel olarak başvuru buluş meydana getirebilecek yapay bir sistem tasarlaması ve bu sistemin çıktılarının yararlanmasının mümkün olup olmayacağı, bu koşullarda yapılan başvurunun isim, adres gibi gereklilikleri karşılayıp karşılamayacağı ve son olarak tüm bu sorunlar hakkında EPO'nun yeterli yetki ve etkiye sahip olup olmadığı çerçevesinde uyumsuzluğu incelemiş, sonuç olarak ise yapay zekâ sistemlerinin EPC açısından buluşçu kapsamına dahil edilmesinin mümkün olmadığına ve bu haliyle formaliteleri sağlaması mümkün olmayan başvurunun reddedilmesi gerektiğine karar vermiş, sorunun Genişletilmiş Temyiz Kurulu (*Enlarged Board of Appeal*)'na yöneltilmesi talebini de reddetmiştir²⁶. Bunun üzerine ise 21216024.6 başvuru numarasıyla bu sefer buluşçu kısmı boş bırakılarak yeni bir patent başvurusunda bulunulmuştur²⁷.

Alman Patent ve Ticari Marka Ofisi (*Deutschen Patent- und Markenamt/DPMA*)'ne yapılan ve temyiz aşamasında olan DE102019128120.2 ve DE102019129136.4 numaralı patent başvuruları süreci incelendiğinde, Patent Kanunu Bölüm 37 (1) ve ilgili yönetmelik hükümleri gereği²⁸, ancak bir gerçek kişinin buluş sahibi olabileceği, yasanın yapay zekâ sistemlerini de kapsamına alacak şekilde genişletilmesinin mümkün olmadığı, buluş sahipliğinin “buluş sahibinin onurunu” yüceltmek amacı taşıdığından, yapay zekâ sistemleri için böyle bir gereklilik de olmadığı, -her ne kadar öyle olmadığı varsayılsa da- patent başvurusuyla sadece ilginç bir hukuki sorunun açıklığa kavuşturulmasına yönelik bilimsel bir menfaatin amaçlanması halinde, fikri mülkiyet hukuku çerçevesinde hukuki korunma ihtiyacının bulunmaması sebebiyle başvurunun kabul edilemez olacağı gibi gerekçelerle patent başvurusu kabul edilmemiş ancak bir yapay zekâ sisteminin patent başvurusunda bulunup bulunamayacağı ya da buluş sahibi olarak gösterilip gösterilemeyeceği soruları önemli olduğundan, yeknesak bir içtihat hukuku sağlamak için uyumsuzluğun Federal Adalet Divanı (*Bundesgerichtshofs*) önüne çıkartılması gerektiği gerekçeleriyle temyiz yolu açık

buluşçudan ya da b'de belirtilen kişiden devralın veya d) a, b ve c'de belirtilen vefat etmiş kişilerin yasal temsilcisi olana verilebilir.” Hükümün orijinali için bkz. http://classic.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/pa1990109/s15.html (Erişim: 04.04.2023).

²¹ İlgili karar için bkz. *Thaler v Commissioner of Patents* [2021] FCA 879, <https://www.judgments.fedcourt.gov.au/judgments/Judgments/fca/single/2021/2021fca0879> (Erişim: 04.04.2023).

²² İlgili karar için bkz. *Commissioner of Patents v Thaler* [2022] FCAFC 62, <https://www.judgments.fedcourt.gov.au/judgments/Judgments/fca/full/2022/2022fcafc0062> (Erişim: 04.04.2023). İlgili kararların incelendiği bir çalışma için bkz. BORA ÇINAR, Sevdâ: “Yapay Zekâ Teknolojilerinin Hukuki Nitelik Tartışmaları Bağlamında Avustralya Federal Mahkemesinin “Thaler v Commissioner of Patents [2021] FCA 879” ve “Commissioner of Patents v Thaler [2022] FCAFC 62” Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yeni İçtihatlar: Ulusal, Uluslararası ve Yabancı Mahkeme Kararları Sempozyumu (Case Law Symposium: Recent Developments In Domestic, International, And Foreign Judiciaries), Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 7 Ekim 2022, s.70-71, <https://law.ku.edu.tr/wp-content/uploads/2022/10/Mahkeme-Kararlari-Sempozyumu-Kitapcc%CC%A7ig%CC%86i.pdf> (Erişim: 02.02.2023).

²³ İlgili karar için bkz. *Thaler v Commissioner of Patents*, [2022] HCATrans 199, <https://artificialinventor.com/wp-content/uploads/2022/11/2022.11.11-Transcript-Special-leave-hearing801737754.1.pdf> (Erişim: 04.04.2023).

²⁴ İlgili hükümler sırasıyla incelendiğinde, The European Patent Convention Art 81: “Avrupa patent başvurusunda buluş sahibi belirtilir. Başvuru sahibi buluş sahibi değilse veya tek buluş sahibi değilse, tanımlama Avrupa patenti hakkının kaynağını belirten bir ifade içerecektir.”, Rule 19 ise ““(1) Bir Avrupa patentinin verilmesi talebi, buluş sahibinin tanımını içerecektir. Ancak, başvuru sahibi buluş sahibi değilse veya tek buluş sahibi değilse, tanımlama ayrı bir belgede dosyalanacaktır. Belirleme, buluş sahibinin soyadını, verilen adlarını, ülkesini ve ikamet yerini belirtecek, 81 inci maddede belirtilen beyanı içerecek ve başvuru sahibinin veya temsilcisinin imzasını taşıyacaktır. (2) Avrupa Patent Ofisi, buluş sahibinin tanımının doğruluğunu teyit etmeyecektir.” şeklindedir. Hükümler için bkz. <https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/epc/2020/e/r19.html> (Erişim: 06.04.2023).

²⁵ İlgili karar için bkz. *European Patent Office*, 27.01.2020, RJ/N35111-EP1, <https://register.epo.org/application?documentId=E4B63SD62191498&number=EP18275163&lng=en&npl=false> (Erişim: 05.04.2023).

²⁶ İlgili kararlar için bkz. *Boards of Appeal Of The European Patent Office, Decision of the Legal Board of Appeal 3.1.01 of 21 December 2021*, <https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/pdf/j200008eu1.pdf> (Erişim: 05.04.2023).

²⁷ Şu an bekleme aşamasında olan ilgili başvuru ilanı için bkz. <https://data.epo.org/publication-server/document?iDocId=6925167&iFormat=0> (Erişim: 05.04.2023).

²⁸ İlgili hüküm (PatG § 37(1)) şu şekildedir: “Başvuru sahibi, başvuru tarihinden itibaren on beş ay içinde veya başvuru için ilgili tarih olarak daha erken bir tarih talep edilmişse, bu tarihten itibaren on beş ay içinde, buluşu yapanın veya yapanların adını verir ve bildiği kadarıyla başka hiç kimsenin buluşla ilgisi olmadığını beyan eder. Başvuru sahibi buluş sahibi değilse veya tek buluş sahibi değilse, patent hakkının kendisine nasıl geldiğini de belirtmelidir. Alman Patent ve Marka Ofisi verilen bilgilerin doğruluğunu kontrol etmez.” Hüküm için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/patg/_37.html (Erişim:05.04.2023).

olarak nihai karar üst mahkemeye bırakılmıştır²⁹.

Birleşik Krallık Fikri Mülkiyet Ofisi (*Intellectual Property Office/IPO*)'ne yapılan ve temyiz süreci devam eden GB1816909.4 ve GB1818161.0 numaralı patent başvuruları süreci incelendiğinde, henüz başvuru yapılmadan IPO Formaliteler Elkitabı 3.05 hükmünde buluşunun adının yer alması gerekliliğini düzenleyen bölümde bir güncelleme yapılarak, yapay zekâ sisteminin buluşçu olarak gösterilmesi durumunda bunun değiştirilmesinin talep edileceği, buluşçunun kişi olması gerekliliği karşısında bunun sağlanmaması sebebiyle başvurunun kabul edilemeyeceği açıklaması eklenmiştir³⁰. Buna uygun olarak reddedilen başvuruya yönelik yapılan itiraz incelemesinde ise böyle bir güncelleme yapılmasının başvuru sahibinin savunma hakkına zarar veren önyargılı bir tutum olduğunu belirterek, bu düzenlemeyi görmezden gelen IPO, insan olmayan buluşçunun buluş sahibi olarak kabul edilip edilmeyeceği, kabul edilebile bu hakkın sistem sahibine geçerli bir şekilde aktarılmasının mümkün olup olmadığı soruları çerçevesinde itirazı incelemiştir. Yapılan inceleme sonucunda, hukuken kişi olarak kabul edilmeyen bir sistemin gerçek kişiler esas alınarak oluşturulmuş buluş sahipliği kapsamına dahil edilemeyeceği, nitekim yapay zekâ sistemler kişi olmadığından, buluş sahibi olarak hakkını devretmesi için gerekli sözleşme ilişkisini de kuramayacağı, ancak yapay zekâ sistemlerinin buluş sahibi olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışmasının keyfi olarak mevzuata dahil edilen bir düzenlemeyle engellenmesi yerine yargı alanında tartışılmasının gerekli olduğu da vurgulanarak, başvuruda gösterilen buluş sahibi yasadaki gereklilikleri karşılamadığı için başvurunun geri çekilmiş sayılmasına karar verilmiştir³¹. Bu karara yapılan itirazı inceleyen mahkemede, meselenin hukuken kişi olmayan yapay zekâ sistemlerini buluşçu kabul etmekle bitmediği, peşi sıra gelecek olan bu sistemlerin hakkı nasıl geçerli şekilde kişilere devredebilecekleri sorununun paradoks barındırdığı ve mahkemenin görevinin de patent mevzuatını yeniden yazmak değil yorumlamak olduğu vurgulanarak, hukuken kişi olmadığı açık olan bir sistemin buluş sahibi olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiş ve temyiz talebi reddedilmiştir³². Üç hakimden oluşan Yüksek mahkemede ise bir hakim, buluşçunun gerçek ve ilk mucit olarak gösterilmesinin bir anılma hakkı olduğunu ve asıl olanın patent hakkı sahibi olduğunu vurgulayarak, buluşçu olarak gösterilenin kişi olma vasfını taşıması sebebiyle buluşçuyu gösterme yükümlülüğünün yerine getirilmediği sonucuna ulaşamayacağı ve buluşu yapanın makine olmasının başvuru sahibine patent verilmesine engel bir durum oluşturmayacağını belirtmiş ve Dr. Thaler'ın itirazını kabul etmişse de diğer iki hakim ilk mahkemenin değerlendirmelerine katıldığından, temyiz talebi reddedilmiştir³³. Süreç ise henüz sonlanmamış, UKSC 2021/0201 dava dosyasıyla duruşmalar görülmeye devam edilmektedir³⁴.

Birleşik Devletler Patent ve Marka Ofisi (*United States Patent and Trademark Office/USPTO*)'ne yapılan 16/524,350 numaralı patent başvurusu incelendiğinde, Birleşik Devletler Kanunu 35 §100 (f) ve §115 (a) hükümleri gereği³⁵, buluşçunun gerçek kişi olması şartı arandığı ve kişi olmadığı açık olan bir makinenin buluşçu olarak gösterilmesinin yasal gereklilikleri karşılamadığı belirtilerek başvuru reddedilmiştir³⁶. Bu karara itiraz edilmesi üzerine, yapay zekâ sistemlerinin buluşçu olarak kabul edilip edilmeyeceğini bilimsel olarak değil hukuk metinlerindeki çerçeveye ele almakla görevli olduğunu vurgulayan temyiz mahkemesi, patent yasasının bütünü itibarıyla insan buluşçuyu işaret ettiği, buluşçunun gerçek kişi olması gerekliliğinin mahkeme içtihatlarıyla da sabit olduğu, yasada açıklık bulunduğu halde kapsama birey olmayanların dahil edilmesinin mümkün olmadığı ve dolayısıyla konunun yoruma kapalı olduğu gerekçesiyle bölge mahkemesi kararını onamıştır³⁷. Son olarak ise Yüksek mahkemeye “Patent Yasası, yasal “mucit” terimini kategorik olarak yalnızca insanlarla mı sınırlandırmaktadır?” şeklinde kısaltılan bir soru sunulmuş, dava dosyaları da bu talebe eklenmiştir³⁸.

²⁹ İlgili karar için bkz. BPatG, 11.11.2021 - 11 W (pat) 5/21, <http://juris.bundespatentgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bpatg&Art=en&Datum=2006&Sort=3&Seite=0&nr=42859> (Erişim: 05.04.2023).

³⁰ İlgili hükme (Intellectual Property Office Formalities Manual (online version), Chapter 3, Sections 3.05) eklenen kısım ise şu şekildedir: “Belirtilen mucidin bir 'Yapay Zeka Mucidi' olduğu durumlarda, Formaliteler İnceleme Uzmanı F7'nin değiştirilmesini talep eder. 'YZ Buluş Sahibi', yasanın gerektirdiği 'bir kişiyi' tanımlamadığı için kabul edilemez. Bunun sağlanamamasının sonucu, başvurunun s.13(2) uyarınca geri çekilmiş sayılmasıdır.” Hüküm için bkz. <https://www.gov.uk/guidance/formalities-manual-online-version/chapter-3-the-inventor> (Erişim:05.04.2023).

³¹ İlgili karar için bkz. Intellectual Property Office, BL O/741/19, 04 December 2019, <https://www.ipo.gov.uk/p-challenge-decision-results/o74119.pdf> (Erişim: 06.04.2023).

³² Dr. Thaler'ın ilgili açıklamalarının yer aldığı ilgili karar için bkz. [2020] EWHC 2412 (Pat), 21 September 2020, <https://vlex.co.uk/vid/stephen-l-thaler-v-849517231> (Erişim: 06.04.2023).

³³ Stephen Thaler v Comptroller General Of Patents Trade Marks And Designs, [2021] EWCA Civ 1374, 21 September 2021, <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2021-0201.html> (Erişim:06.04.2023).

³⁴ Son olarak 02.03.2023 tarihinde görülen duruşmayı izlemek için bkz. <https://www.supremecourt.uk/watch/uksc-2021-0201/020323-am.html> (Erişim: 06.04.2023).

³⁵ İlgili hükümler sırasıyla, 35 U.S. Code § 100 (f): “Buluş sahibi” terimi, buluş konusunu icat eden veya keşfeden kişi veya ortak bir buluş olması halinde ortaklaşa kişiler anlamına gelmektedir.” ve 35 U.S. Code § 115(a): “Bölüm 111(a) uyarınca yapılan veya bölüm 371 uyarınca usul aşamaya geçen bir patent başvurusu, başvuruda talep edilen herhangi bir buluş için buluş sahibinin adını içerecek veya içermesini sağlayacaktır. Bu bölümde aksi belirtilmedikçe, bir patent başvurusunda talep edilen bir buluşun buluş sahibi veya ortak buluş sahibi olan her kişi, başvuru ile bağlantılı olarak bir yemin veya beyanda bulunacaktır.” şeklindedir. Mevzuat için ayrıca bkz. <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2011-title35/html/USCODE-2011-title35.htm> (Erişim: 06.04.2023).

³⁶ USPTO, https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/16524350_22apr2020.pdf (Erişim: 06.04.2023).

³⁷ Thaler v. Vidal, No. 21-2347, Fed. Cir. 05.08.2022, https://cafc.uscourts.gov/opinions-orders/21-2347.OPINION.8-5-2022_1988142.pdf (Erişim: 06.04.2023).

³⁸ İlgili soru başvuru dosyası için bkz. <https://artificialinventor.com/wp-content/uploads/2023/03/United-States-Petition-for-Cert.pdf> (Erişim: 06.04.2023).

IV. TÜRK FİKRİ MÜLKİYET HUKUKU ÇERÇEVESİNDE YAPAY MUCİT TARTIŞMALARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Mevcut Hukuki Düzenlemeler Işığında Değerlendirme

Türk Fikri Mülkiyet Hukukunda patent hakları temel olarak, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu³⁹ (SMK) ve bu kanunun uygulanmasına dair yönetmelik⁴⁰ (SMKY) ile düzenlenmektedir⁴¹. Fikri mülkiyet haklarının tesisi, gerekli korumanın sağlanması ve ilgili bilgilerin paylaşılması gibi faaliyetlerin yürütülmesinde ise Sanayi ve Teknoloji Bakanlığına bağlı, özel bütçeli TÜRK PATENT görevlidir.

DABUS'un çıktıkları olduğu iddia edilen *fraktal konteyner* ve *nöral alev* fikirlerinin öncelikle, yenilik, buluş basamağı ve sanayiye uygulanabilir olma şartlarını taşıması halinde “patentlenebilir” bir buluş olduğunu kabul etmek gerekir⁴². Ancak bu şartların incelenmesi patent başvuru sürecinde de esasa ilişkin bir mesele olduğundan, öncelikle buluşunun kim olabileceği temelindeki şekli inceleme aşamasına odaklanmak gerekmektedir. Nitekim patentlenebilirlik şartları diğer ülke yargı tartışmalarında da sonraya bırakılmış ve asıl mesele olarak yapay zekâ sistemlerinin buluş sahibi olarak kabul edilip edilemeyeceği çerçevesinde konuya yaklaşılmıştır⁴³. Bu sebeple çalışmamızda da asıl olarak bu soruya odaklanılması tercih edilmiştir.

1. Sınai Mülkiyet Kanunu Çerçevesinde Değerlendirme

SMK m.109/1 hükmüne göre, “patent isteme hakkı, *buluşu yapana* ve onun haleflerine” aittir. Benzer şekilde SMK m.90/5 hükmünün ilk cümlesinde de “*Buluşu yapan*, başvuruda belirtilir.” denmektedir. İlgili hükümlerde “buluşu yapan kişi” yerine “buluşu yapan” ifadesinin tercih edilmesi neticesinde, hükümler lafzi olarak değerlendirildiğinde buluşu yapanın açıkça kişi olması gerektiği sonucunun çıkmadığı ve yapay zekâ sistemlerinin de buluşu yapan kapsamına dahil edilebileceği yorumunun yapılması mümkündür. Ancak mevzuatın bir bütün halinde ve içerisinde bulunduğu bağlamla birlikte ele alınması gerekmektedir. Nitekim SMK m.109/1 hükmünün devamında⁴⁴ “Buluş birden çok *kişi* tarafından birlikte gerçekleştirilmişse” şeklinde başlayan ve diğer fıkralarda da sürdürülen “kişi” vurgusu, buluşu yapan ifadesinin “buluşu yapan kişi” şeklinde anlaşılması gerekliliğini açıklığa kavuşturmuştur⁴⁵. Yine benzer şekilde SMK m.90/5 hükmünün devam eden cümlelerinde de kişi vurgusu yapıldığı görülmektedir⁴⁶. Dolayısıyla SMK’da bağlamsal olarak buluşu yapanın yine kişi olarak kabul edildiği sonucuna ulaşılmaktadır. Patent başvurusu açısından konuya yaklaşıldığında ise SMK m.90/3-b hükmü gereği, patent başvurusunda, başvuru sahibinin kimlik ve iletişim bilgilerinin belirtilmesi gerekmektedir. Pek çok düzenlemede “başvuru yapanın/sahibinin kimliği”, “başvuru yapan/sahibi gerçek veya tüzel kişi” gibi kavramların kullanılması da kanunun odağına kişileri aldığı ve sistematik olarak uygulamanın bütününde kişi olmaya referans verildiğini göstermektedir⁴⁷. Kaldı ki fikri mülkiyet hukuku çerçevesinde korumadan yararlanacakların kim olduğuna bakıldığında, SMK m.3 gereği⁴⁸, ilgili düzenlemenin başlığından da başlamak üzere korumadan yararlanmak için “kişi” olmanın şart olduğu açıkça belirtilmektedir.

Sonuç olarak, ilgili düzenlemeler ışığında, kişi olarak kabul edilemeyen bir yapay zekâ sisteminin başvuru sahibi olarak gösterilmesi durumunda, SMK m.90/3-b hükmünde düzenlenen kimlik ve iletişim bilgileri gerekliliği yerine getirilmediğinden, başvurunun işleme dahi alınmaması gerekecektir (SMK m.95/1 ve SMKY m.71/4). Nitekim SMK, başvuruda bulunanın “kişi” olması gerektiğini normatif olarak açıkça ortaya koymaktadır. Patent başvurusunda bulunamayacağı açık olan yapay zekâ sistemlerinin bir kişinin yaptığı patent başvurusunda buluşu yapan olarak gösterilmesi de yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda mümkün görünmemektedir⁴⁹. Dolayısıyla buluşu yapanın gösterilmemesi, gösterilmekle birlikte hukuken “kişi” olarak kabul edilmeyen yapay zekâ sistemlerinin gösterilmesi, buluşu yapanın “adının” gizlenmesi talebinin ise kişi olmayan bir sistem tarafından istenemeyeceği de göz önünde bulundurulduğunda, her

³⁹ RG: 10.01.2017, 29944.

⁴⁰ RG: 24.04.2017, 30047.

⁴¹ Diğer ilgili ulusal ve uluslararası mevzuat listesi için bkz. <https://www.turkpatent.gov.tr/mevzuat> (Erişim:07.04.2023).

⁴² Patent verilebilirlik şartları hakkında genel bilgi için bkz. TEKİNALP, § 31, N. 26-51; BOZBEL, s. 693-698.

⁴³ Aynı yönde bkz. BAYINDIR, s.87.

⁴⁴ SMK m.109/2-4 hükmü ve hükümlerdeki “kişi” vurgusu şu şekildedir: “(2) Buluş birden çok kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmişse patent isteme hakkı, taraflar başka türlü kararlaştırmamışsa bunların tamamına aittir. (3) Aynı buluş, birbirinden bağımsız olarak birden çok kişi tarafından gerçekleştirilmişse patent isteme hakkı, önceki tarihli başvurunun yayımlanmış olması şartıyla daha önce başvuru yapana aittir. (4) Patent almak için ilk başvuran kişi, aksi ispat edilinceye kadar, patent isteme hakkının sahibidir.”

⁴⁵ Gelen bilgi için ayrıca bkz. KAYA, Sencer: “Sınai Mülkiyetin Geleceğinde Yapay Zekâ ve Büyük Veri’nin Yeri”, Uzmanlık Tezi, Türk Patent ve Marka Kurumu, Ankara, 2020, s.65-116.

⁴⁶ SMK m.95 hükmü devam cümleleri şu şekildedir “Ancak buluşu yapan, isminin gizli tutulmasını isteyebilir. Başvuru sahibinin buluşu yapan olmaması veya buluşu yapanlardan sadece biri veya birkaçı olması hâlinde bu kişiler, patent başvuru hakkını ne şekilde elde ettiklerini başvuruda açıklamak zorundadır.”

⁴⁷ “Başvuru yapanın/sahibinin kimliği” kavramları SMK m.11/1-a, 37/1-a, 37/2-a, 38/2 ve 3, 61/1-a “başvuru yapan/sahibi gerçek veya tüzel kişi” kavramları ise SMK m.15/4, 37/1-b, 62/1,2,4 ve 5, 64/6-c, 93/6, 160/1 ve 6 hükümlerinde açıkça yer almaktadır.

⁴⁸ “Korumadan Yararlanacak Kişiler” başlıklı SMK m.3 hükmü şu şekildedir: “Bu Kanunla sağlanan korumadan; a) Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları, b) Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde yerleşim yeri olan veya sınai ya da ticari faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişiler, c) Paris Sözleşmesi veya 15/4/1994 tarihli Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması hükümleri dâhilinde başvuru hakkına sahip kişiler, ç) Karşılıklılık ilkesi uyarınca, Türkiye Cumhuriyeti uyuğundaki kişilere sınai mülkiyet hakkı koruması sağlayan devletlerin uyuğundaki kişiler, yararlanır.”

⁴⁹ Aynı yönde bkz. BERKMAN, Ece: “DABUS Örneği Işığında Yapay Zekânın Buluşu Niteliğine Dair Değerlendirme”, Yapay Zekâ Çağında Hukuk: İstanbul Barosu-Bilişim Hukuku Komisyonu Yapay Zekâ Çalışma Grubu, (12), 2021, s.23, <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/komisyonlar/yzcg/2021eylulbulten.pdf> (Erişim: 10.04.2023).

olasılıkla da başvuruda bulunanın buluşu yapan olarak işaret edilmemesi üzerine, patent başvuru hakkını ne şekilde elde ettiğini geçerli bir şekilde gösterememesi, başvurunun şekli şartları sağlayamaması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla şekli şartlardaki eksiklik üzerine TÜRK PATENT'in yapacağı bildirimden itibaren 2 ay içinde, eksikliğin mevzuatın gereklerine uygun şekilde giderilmemesi halinde, başvurunun reddedilmesi gerekecektir (SMK m.95/4 ve SMKY m.96/2).

2. Değerlendirmenin Gerekçesine Yönelik Açıklamalar

Mevcut hukuki düzenlemeler, yorum yapmayı gerektirmeyecek şekilde açıkça buluş sahibi olmayı, patent başvurusunda bulunmayı ve patent hakkı sahibi olmayı kişi olma ön kabulüne dayandırmaktadır⁵⁰. Bu mevzuat değerlendirmesinin, yapay zekâ sistemlerinin yaratıcılık ve otonom faaliyetlerinin artmasıyla sistemi çalıştıran ya da çalışır kılan kişilerden gittikçe soyutlaşan fikir ve ürünlerinin akıbetini adaletli bir şekilde netleştirmekten oldukça uzak olduğu ve öyle ki fikri mülkiyet hukukuna hakim olan gerçek ve ilk buluşçu ilkesine de aykırılık oluşturduğu düşünülebilir⁵¹. Ancak patent sistemi, gerçekte buluş sahibi olan yapay zekâ sistemlerini hukuken tanımak yerine yapay zekâ sisteminin sahibini ya da işaret ettiği herhangi bir kişiyi makinenin çıktısı olan buluşun sahibi olarak kabul ederek, kendi içinde oldukça tutarlı hareket etmeyi sürdürmektedir⁵². Nitekim TÜRK PATENT, başvuru sahibinin gerçek buluşçu olup olmadığını şekli gereklilikleri aşacak şekilde incelemeye yetkili olmadığı gibi aksi ispat edilmediği sürece, başvuruyu yapan kişi hukuken de patent isteme hakkının sahibi olarak kabul edilmektedir (SMK m.110/1). Başvuru sahibinin bizzat yapmadığı bir buluş için patent istemesi durumunda, kendini buluşu yapan olarak göstermesiyle çarpıtılan ya da buluşu yapanın adının gizlenmesi ile örtülen hakikatin ortaya çıkarılması için yine ancak buluşu yapanın, “adının” belirtilmesini isteme hakkını kullanması ve bunu talep etmesi (SMK m.90/6), başvuru sahibine dava açması (SMK m.110/2), davayı kazanırsa da ya mevcut başvurunun kendi “adına” çevrilerek devamını istemesi ya da yeni bir başvuruda bulunması, özetle “kişi” olmaya bağlanmış hak ve imkanları kullanması gerekmektedir⁵³. Bu sebeple mevcut patent sisteminde yapay zekâ sistemlerinin buluşu yapan olarak kabul edilememesi, ilgili tüm süreçte tanınan hak, koruma ve menfaatler bütününe “kişi”lere yönelik olmasından kaynaklanmaktadır. Çalışanların buluşlarının patent hakkının işveren tüzel kişilere tanınması imkanı bile buluş yapmanın insana özgü olduğu ve buluş sahibinin de ancak gerçek kişi olabileceği kabulünü esnetmemektedir⁵⁴. Sistem o kadar “kişi” olmak üzerine kuruludur ki sadece patent bakımından değil diğer fikri mülkiyet hakları bakımından da sistemin gerçekliği yansıtmaması üzerine yapılması gereken aksiyonları almak için dahi yine kişi olunması şarttır⁵⁵. Nitekim Yapay Mucit Projesi bile özünde, yapay zekâ sistemlerinin talep ve isteklerine göre değil yine kişi olan insanların beklenti ve idealleri özelinde ve sonuç olarak yine kişiye dayalı bir proje olduğu için sürdürülebilme ve hukuk alanına taşınabilmektedir.

Dolayısıyla teknik olarak yapay zekâ sistemlerinin, gelişim özelliklerine göre, çalıştırılarak ya da otonom bir şekilde oldukça yenilikçi, yaratıcı ve sanayiye de uygulanabilir çıktılar ortaya çıkarabileceklerini kabul etmek mümkündür. Ancak bu gerçekliğin hukuken de kabul edilmesi gerekip gerekmediği farklı bir değerlendirme gerektirmektedir. Neticede yapay zekâ sistemleri, yaratıcı çıktılar çıkarabilmekteyse de çıktılarının yaratıcılık taşıyıp taşımadığını, dahası neden bu çıktıları çıkardıklarını dahi bilmemekte, anlam yine bu sistemi kullanan insanların zihinsel alanında var olmaktadır⁵⁶. Kaldı ki insan yaratıcılığı bu durumda bile henüz sahneden tamamen çekilmiş de değildir⁵⁷. Yaratıcı çıktılar sunabilen bir sistemi tasarlama yaratıcılığını gösteren insanların, bu sistemler hukuken tanınmadığı sürece, sistem çıktıları üzerinde hak iddia etmeleri ve çıktıları sahiplenmeleri dürüstlüğe aykırı bir davranış olarak değerlendirilmemelidir⁵⁸. Nitekim yaratıcı çıktılar sunan bir sistemin yaratıcısı olmak, ilk kez fotoğraf ve baskı makinelerini icat ederek resmin egemen olduğu bir piyasaya fotoğrafla dahil olmak gibidir. Yapay zekâ sistemleri de o dönemlerin fotoğraf makinesi kadar şartıcı, üstün, yenilikçi ve en nihayetinde yine de bir araç durumdadır. Esasında tek fark, fotoğrafçının, makineyi de çıktıyı da sahiplenmekte en ufak bir tereddüt etmemesinden kaynaklanmaktadır. Kaldı ki fotoğraf makineleri yaygınlık kazandığında bile yine çıktılar üzerinde makineyi her kullanan kişi hak iddia etmeyi sürdürmüş, kimse fotoğraf makinesine sanatçı olarak bakmayı düşünmediği gibi makineyi insan dışında kullananlar için bile kapsamı genişletmeyi düşünmemiştir⁵⁹. Bilinç,

⁵⁰ Benzer yönde bkz. ÖZKAN ŞAHİN, Gizem/ŞAHİN, Çağatay: “Yapay Zekâ Varlıklara Elektronik Kişilik Modeli Tanınmasına İlişkin Eurobotics Raporu ve Fikri Mülkiyet Sorunu Bağlamında Meseleye Yaklaşım”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 13(1), 2022, s.124.

⁵¹ Benzer görüşte bkz. ÇELİK, Muhammet Emir: “Yapay Zekâ Ürünlerinin ve Sahiplik İkileminin Fikri Mülkiyet Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 71, 2022, s.611.

⁵² Bu kabulün fikri mülkiyet hukukunun amacıyla da örtüştüğü yönünde bkz. ÖZÇELİK, Ş. Barış: “Yapay Zekânın Veri Koruma, Sorumluluk ve Fikri Mülkiyet Açısından Ortaya Çıkardığı Hukuki Gereksinimler”, Adalet Dergisi, 66, 2021, s.109.

⁵³ TEKİNALP, § 33, N. 1.

⁵⁴ TEKİNALP, § 33, N. 7; BOZBEL, s.689; Fikri haklar bakımından benzer değerlendirme için bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s.126; ÖZKAN, Fırat: Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s.234.

⁵⁵ KILIÇOĞLU, s.125.

⁵⁶ Benzer yönde bkz. ÖZKAN, s.85.

⁵⁷ Benzer yönde bkz. BONADIO, Enrico/MCDONAGH, Luke/DINEV, Plamen: “Artificial Intelligence as Inventor: Exploring the Consequences for Patent Law”, Intellectual Property Quarterly, 1, 2021, s.48-66.

⁵⁸ Makinenin çalışma talimatları ve fonksiyonu insan tarafından yapıldığı sürece, makinenin çıktılarının da insan yaratıcılığının bir uzantısı olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. ÖZKAN, s.83.

⁵⁹ Örneğin bir maymunun çektiği fotoğraflar üzerinde telif hakkı sahibinin makine sahibinin değil fotoğrafları çeken maymun olması gerektiği yönündeki iddia kabul edilmemiştir. İlgili karar için bkz. Naruto- Slater, No. 16-15469 (9th Cir. 2018), <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca9/16-15469/16-15469-2018-04-23.html> (Erişim: 11.01.2021); Benzer yorumun hayvanların yaptıkları resimler için de geçerli olduğu yönünde bkz. KILIÇOĞLU, s.125; ÖZKAN, s.87.

irade ve hukuken reddi zor bir otonomluk aşamasına gelinmediği sürece, DABUS ‘un da Dr. Thaler’in gözetimindeki bir araç olarak kabul edilmesi mevcut duruma en uygun yaklaşım olacaktır⁶⁰. Kaldı ki DABUS’un yaratıcılığının fikri mülkiyet hukuku sistematigini zora soktuğu da tam olarak gerçek durumu yansıtmamaktadır. Nitekim Dr. Thaler’in buluşu yapan olarak DABUS’u işaret etmesi değil, kendisinin buluşu yapmadığını beyan etmesi sebebiyle patent başvurularından sonuç alınamamaktadır. Dolayısıyla, yapay zekâ sistemlerinin buluşu yapan olarak kabul edilmemesinin yeniliği engelleyeceği ve patent sistemini çıkmaza sürükleyeceği endişesi de gerçekliği yansıtmamaktadır⁶¹. Muhtemelen insandan çok yapay zekâ sistemlerinin katkı sunduğu ancak açıkça bunun ortaya koyulmadığı pek çok buluş çoktan patentlenmiştir ve patentlenmeye de devam edecektir. Fakat Dr. Thaler’in bir iddiası oldukça yerindedir. Buluşta insandan çok yapay zekâ sistemlerinin etkin olduğu durumlarda, makine yardımının ya da doğrudan salt makinenin çıktısı olduğunun gizlenmesi, insan buluşçular için uzun emek ve çalışma gerektiren yenilikler üzerine çalışılması yönündeki motivasyonu azaltabilecektir. Bu durumda, patentlerde buluşu yapan olarak makinelerin gösterilmemesi, makineler ve çalıştıranlar açısından haksızlık olmasa bile gerçek buluşçu insanlar açısından mucitliğin anlamını değiştirerek, başarılarının değerini düşürebileceği için risklidir. Hatta öyle ki dileyenin ücretini ödeyerek bir yaratıcılık makinesinden çıktı alması ve adını buluşçu olarak tarihe geçirmesi imtiyazını elde etmesi bile mümkündür. Buluşçu olmadaki özgünlük, emek ve yeteneğin makinelerle rekabet etmesi adil olmayacağı gibi çıktılarının sahiplenilmesinin kolaylığı da insanlar tarafından suistimale açık bir durum yaratacaktır. Dolayısıyla sadece patent hukuku değil rekabet hukuku boyutuyla da sorunun ele alınması ve ortak bir politika oluşturulması gerekmektedir⁶². O halde yapay zekâ sistemleri, buluşu yapan ya da patent sahibi olarak tanınmasa bile -ki makineler haklarının peşine düşecek kadar bilinç kazanmadığı sürece buna gerek de yoktur⁶³- buluş sürecinde makinelerden alınan desteğin açıklanması, belki de yeni bir kategori açılması yoluyla teknolojinin yarattığı teknolojilerin farklı bir çerçevede yeniden ele alınması gerekmektedir⁶⁴. Aksi bir durum önceki örnekten devam etmek gerekirse, ressamlarla fotoğrafçıları aynı kategoride değerlendirmekte ısrar etmek kadar haksız ve tutarsız bir yaklaşım olacaktır. Nitekim insan buluşçular tıpkı ressamlar gibi uzun emekler, tecrübe ve düşünceler neticesinde bir ürün ortaya koymaktayken, her ne kadar açı ve kompozisyon fotoğrafı da önemli olsa da resim ve fotoğraf, süreç ve yöntem bakımından birbirinden çok farklı alanları temsil etmektedir⁶⁵. Yapay zekâ sistemlerinin çıktılarını yönelik ayrı bir kategori açılması önerisinin, fikir ve sanat eserleri açısından ele alındığı mevzuat örnekleri de bulunmaktadır⁶⁶. Bu şekilde yeni alanların ve kategorilerin açılması her ne kadar makineler lehine algılsa da aslında bu açılım hem teknoloji hem insan yaratıcılığının gelişmesi için büyük fırsatlar taşımaktadır. İlk fotoğraf makinesini icat edenin fotoğrafları için övgüler ve resim odaklı görsel çıktılarını esas alarak fotoğraflara yönelik yapılan tartışmalar anlamlı olsa da herkesin fotoğraf makinesine ulaşabilmesiyle kimse ressam olamadığı gibi ayrı bir sanata evrilen fotoğrafçılıkta da en kaliteli makineye sahip olmak en sanatsal fotoğrafları çekmek anlamına gelmemiştir. Sonuç olarak her alanda ve her durumda özgünlük, yaratıcılık ve emeğin onurlandırılmasında insan yine de makine karşısındaki üstünlüğünü korumayı başarmıştır. Yapay zekâ sistemleri karşısında da durumun değişip değişmeyeceğini belirleyecek olan da kanaatimizce yine makineler değil insanlar olacaktır. Her yeni açılım ve köklü değişim yine özünde insan kararına dayalı olarak hukuk alanında varlık kazanmayı sürdürecektir⁶⁷. Bu kararın nasıl alınacağı meselesi ise öncelikle bu kararı almaya kimin yetkili olduğunun doğru tespit edilmesini gerektirmektedir.

B. Yapay Zekâ Sistemlerinin Buluş Sahibi Olmasının Yargısal Yorum Değil Kanun Değişikliği Gerektirdiği Üzerine Bütünsel Bir Değerlendirme

⁶⁰ Benzer bir çıkarım için bkz. ÖZKAN, s.84.

⁶¹ DABUS’a dair mahkemeye sunulan, aksi yöndeki 13.10.2020 tarihli görüş yazısı için bkz. <https://register.epo.org/application?documentId=E5DDKXEO1574240&number=EP18275163&lng=en&npl=false> (erişim tarihi, 11.01.2021); görüşü destekler mahiyette detaylı açıklama ve gerekçeler için bkz. <https://artificialinventor.com/patent-applications/> (erişim tarihi, 11.01.2021).

⁶² BOSHER, Hayleigh/GURGULA, Olga/STOKES, Simon/WANG, Faye/WESTENBERGER, Paula: “WIPO Impact of Artificial Intelligence on IP Policy Response from Brunel University London, Law School & Centre for Artificial Intelligence”, Brunel University London, 2020, s.11, https://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/artificial_intelligence/call_for_comments/pdf/org_brunel.pdf (Erişim: 10.04.2023); Fikri mülkiyet hukuku ve rekabet hukukunun ortak amacı teknolojik yeniliklerin teşviki olduğundan, her iki alanın da birbiri ile uyumlu olması gerektiği yönünde bkz. ODMAN, N. Ayşe: Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s.26.

⁶³ İnsanın kendinden üstün teknolojiler yaratması gibi teknolojinin de kendinden daha üstün ve daha zeki bir teknolojiyi ortaya çıkarabileceği yönünde bkz. KURZWEIL, Ray: The Age of Spiritual Machines, Penguins Book, New York, 2000, s.47; LUGER, George F. : Artificial Intelligence, Fifth Edition, Addison Wesley, Harlow, 2005, s.13; “yaratılan insan yaratıcı olabiliyorsa neden insanın yarattıkları da yeni şeyler yaratmasın ki” vurgusuyla yapay zekâyı mucit olarak kabul edilmesi gerektiği yönündeki karar için bkz. Thaler v Commissioner of Patents [2021] FCA 879, <https://artificialinventor.com/wp-content/uploads/2021/08/Thaler-v-Commissioner-of-Patents-2021-FCA-879.pdf> (Erişim: 09.08.2021).

⁶⁴ Avrupa Parlamentosu’nun benzer endişelerden yola çıkarak benzer bir çözüm üzerinde düşünülmesi gerektiğine yönelik açıklamaları için bkz. 2020/2015(INI) REPORT on Intellectual Property Rights for The Development of Artificial Intelligence Technologies (EP, 2020/2015(INI)), J 15, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0176_EN.pdf (Erişim: 20.06.2022).

⁶⁵ Benzer yönde bkz. ÖZKAN, s.14.

⁶⁶ İngiliz Telif Hakkı, Tasarımlar ve Patentler Kanunu’nun ilgili hükmünde (Copyright, Designs and Patents Act 1988 art 178) bilgisayar tarafından üretilmiş eser “insan eser sahibinin olmadığı koşullarda üretilmiş eser” olarak tanımlanmaktadır. Düzenlemenin tamamı için bkz. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/contents> (Erişim: 10.04.2023).

⁶⁷ BORA ÇINAR, Sevda: Şirketler Hukukunun Geleceği Üzerine Bir İnceleme: Şirket Yönetiminde Yapay Zekâ (Yapay Zekâ), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.176.

Fikri mülkiyet hukukunun amacının yenilikleri teşvik etmek, ödüllendirmek ve teknolojinin ilettilmesini sağlamak olduğu düşünüldüğünde, yapay zekâ sistemlerinin etkisinin artmasıyla birlikte, bu alan, amaç ve geleneksel yapı arasında sarsılmaya başlamaktadır⁶⁸. Fikri mülkiyet hukuku alanında tartışmaya açılan yapay zekâ sistemlerinin buluş sahibi olarak kabul edilip edilmeyeceği, fikri mülkiyet hukukunun amaçları yanında bu alana hakim olan gerçek ve ilk buluşçunun gösterilmesi ilkesi, ortaya çıkan çıktıda emek harcanması, katkı sunulması gibi uzunca bir süre insan egemenliğinde ve tekelinde olan alanları odağına aldığı için, konunun yalnızca fikri mülkiyet alanına özgü dar bir sorun olarak anlaşılması hatasına düşülmektedir. Ancak hem fikri mülkiyet hukukunun ve hem de teknolojinin gelişmesiyle birlikte diğer hukuk alanlarının yüzleştiği asıl sorun “yapay zekâ sistemlerinin hak sahibi olarak kabul edilip edilmeyeceği”, başka bir deyişle “makine hakları”dır⁶⁹.

Hukuk, hak sahibi olarak gerçek ve tüzel kişileri kabul etmektedir⁷⁰. Hukukun kabul ettiği kişi kavramının kapsamını genişletmek ve elbette ki daraltmak, zihinsel, toplumsal, hukuki, ekonomik, siyasi, politik ve kültürel bir dizi kabul gerektirmektedir. Eğer yapay zekâ sistemleri de hak sahibi olarak kabul edilmeye değer görülecekse, bunun köklü bir dönüşüm ve zihniyet yapısı değişikliği, anayasa düzeyinde kanunlaştırma ve hatta halkoylamasını gerektirecek bir uzlaşma sağlanmasını gerektirdiği düşünülmektedir⁷¹. Çoğunlukla makinelerin, insandan daha üstün ve yaratıcılık yetenekleri göstermeleri olasılığında bunun olacağı ya da olması gerektiği düşünülmektedir. Ancak makineler hak sahibi olarak kabul edilecekse, bunu mümkün kılacak olan, bu kabulün toplum için fayda sağlayacağını düşüncülmüştür olacaktır. Nitekim insanların köle olarak alınıp satıldığı dönemlerde bile tüzel kişilik mantalitesinin geliştirilip mal ve kişi topluluklarının hak ve sorumluluk sahibi kılınmasının gerisinde de tüzel kişilerin insan gibi özellikler göstermesi, bilinçli, yaratıcı, üstün ya da canlı olması değil ekonomik, hukuki, ticari ve sorumluluk anlamında “insan ve toplum ihtiyaçları”na pratik bir fayda sağlaması etkili olmuştur⁷². Yine de vaktiyle gerçek kişilerin konumlandırılabilirdiği “doğal köle” statüsüne yaratıcılık ve bilinçlilikle donatılması olasılığında bile yapay zekâ sistemlerinin oturtulması ironik olacaktır⁷³. Yapay zekâ sistemleri için de kölelikten kişiliğe doğru seyreden benzer bir hukuki tanımın yakın olduğu, eşyadan kişi olmaya doğru hukuki niteliğin dönüşüm geçireceği düşünülebilir⁷⁴. Özellikle yönetim ve karar alma mekanizmalarında, para piyasalarında, ulaşım ağlarında ve ticaretin neredeyse her alanında insan egemen sistemlerin normal haline gelen dijital yardımcıların, yetkiler kadar sorumlulukları da devralmasının istenmesi olasılığında, dijital ajanların yeni elektronik kişilik çerçeveleriyle hukuk sahnesine çıkarılması süreci hız kazanacaktır⁷⁵. Elbette ki bunu asıl hızlandıran, sistemlerin yaygınlık kazanması, gelişmelerinin sürmesi, pek çok alanda insanı devreden çıkarması ve bir noktadan sonra belki de hukuken tanınmalarının kaçınılmaz hale gelmesi olacaktır.

Yapay zekâ sistemlerinin hak sahibi olarak kabul edilmesi de başlı başına sorunu çözmeye yetmemektedir. Nitekim bu halde de bu sistemlerden hakları kanun gereği devralmış kabul edilecek kişilerin kim ya da kimler olacağı meselesi ortaya çıkmaktadır. Yapay zekâ teknolojileriyle oluşturulan sistemlerin her bileşeni çeşitli şekillerde fikri mülkiyet haklarından oluşan bir yumak gibidir. Böyle karmaşık bir sistemi işler kılan kişilerden, sistem çıktıları üzerinde donanım, yazılım, kaynak kodundaki telif hakkı sahibi ya da işlenen verileri girenler gibi paydaşlardan hangisi daha çok hak iddia edebilecektir⁷⁶? Sistemin oluşturulması, çalıştırılması ve geliştirilmesinde bu kadar paydaş yer alırken içlerinden biri ya da birilerinin diğerlerine göre hukuken daha fazla hak sahibi kılınması, diğer katılımcıların çalışma şevkini kırarak ve belki de teknolojinin geliştirilmesini dolaylı olarak yavaşlatacak ya da engelleyecektir⁷⁷. Bir kez buluş sahibi olarak kabul edilen sistemin buluş sahibi olmaya tanınan hakları nasıl kullanacağı, sistem içerisindeki fonksiyonunu nasıl yerine getireceği de belirsizdir. Çalışanların buluşları çerçevesinde bile yine çalışanların çeşitli beyan yükümlülükleri ve hakları bulunduğu ortadadır⁷⁸. Mevcut patent sistemi içerisinde, yapay zekâ sistemlerinin hak sahipliğine yönelik hukukta köklü bir değişim gerçekleşmeden ve kapsayıcı bir hukuki çerçeve oluşturulmadan patent hukukuna dahil edilmesi uygun değildir⁷⁹. Neticede kişi olmaya odaklı bir hak

⁶⁸ BOSHER/GURGULA/STOKES/WANG/WESTENBERGER, s.5.

⁶⁹ Ön sorunun yapay zekâ sistemlerin hukuki niteliği olduğu yönünde benzer değerlendirme için bkz. BORA ÇINAR, Yapay Zekâ, s.228; KARATAŞ, Esra/KARACA, Uğur: “Yapay Zekâ Tarafından Meydana Getirilen Fikri Ürünlerin 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa Göre Korunması”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (1) 2022, s.24.

⁷⁰ CAN, Mustafa Erdem: Özel Hukukta Tüzel Kişiler, 2. Baskı, Ankara Basım Ofset Matbaacılık, Ankara, 2019, s.15; DURAL/SARI, N. 1073.

⁷¹ BORA ÇINAR, Sevda: “Dava Yönetimi ve Yapay Zekâ Etkileşimi Üzerine Düşünceler”, Legal Hukuk Dergisi, 20 (234), 2022, s.2117; BORA ÇINAR, Yapay Zekâ, s.228; Bilincin insana özgü bir yetenek olup olmadığı konusunda ontolojik sorunun çözümünün bu soruna da ışık tutacağı yönünde bkz. GÖZÜBÜYÜK, Barış: “Yapay Zekânın Meydana Getirdiği Fikri Ürünlerle İlişkin 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Kırkkale Hukuk Mecmuası, 1, 2021, s.67; BORA ÇINAR, Sevda: “Yapay Zekânın Hukuki Niteliği: Felsefi, Bilimsel ve Tarihi Yaklaşımlarla Malvarlığı Unsurlarının Kişiliğe Giden Süreci (Hukuki Nitelik)”, Uluslararası Bilişim Kongresi Bildiriler Kitabı (International Informatics Congress 2022 Proceedings Book), 17-19 Şubat 2022, Batman Üniversitesi Yayınevi, 2022, s.419.

⁷² BORA ÇINAR, Hukuki Nitelik, s.420; KARATAŞ/KARACA, s.26.

⁷³ SOLUM, Lawrence B.: “Legal Personhood for Artificial Intelligences”, North Carolina Law Review, 70(4), 1992, s.1276, <https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3447&context=nclr> (Erişim: 10.04.2023).

⁷⁴ BORA ÇINAR, Hukuki Nitelik, s.420.

⁷⁵ BORA ÇINAR, Yapay Zekâ, s.134; Elektronik kişilik hakkında bir değerlendirme için bkz. ÖZKAN ŞAHİN/ŞAHİN, s.119.

⁷⁶ Benzer sorular ve belirsizlik vurgusu için bkz. BAYINDIR, s.79; GÖZÜBÜYÜK, s.68.

⁷⁷ Benzer yönde bkz. ÇELİK, s.608.

⁷⁸ Çalışanların buluşları hakkında bilgi için bkz. TEKİNALP, § 33, N. 11-44; KILIÇOĞLU, s.215-218.

⁷⁹ Benzer belirsizlik vurgusu ve değerlendirmeler için bkz. Commissioner of Patents v Thaler [2022] FCAFC 62,

sisteminde bir unsurun yapay ve çerçevesi detaylıca oluşturulmamış bir sisteme transferi, sistemin yıkılması için tek başına yeterli bir hamle olmaktadır⁸⁰.

Makine hakları düzenlenecekse tıpkı tüzel kişiliğin tanınmasında olduğu gibi kapsamlı bir düzenleme ile sağlıklı bir şekilde hukuk alanına taşınması şarttır. Öncelikle yapay zekâ teknolojilerinin rasyonel bir düzlemde ve patent sistemiyle de uyumlu şekilde etkinlik, seviye ve işlevsellik sınıflandırılmasının yapılması ve grupların hukuki çerçevesi tespit edilerek kişi ya da kişi benzeri yasal bir statüye kavuşturulması gerekmektedir⁸¹. Bu noktada en destekleyici sistem, bu teknolojilerin patent sürecinde gerekli vasıflandırılmalar yapılarak kaydedilmesidir. Gerçekten de tasarım ve yaratım aşamasında en nihayetinde bu teknolojiler fikri mülkiyet kapsamında korunmak isteneceğinden, neleri yapabildiği ve ne kadar etkili olabildiği bu aşamada belirlenmiş olmaktadır. Yasama çalışmaları, sadece kişiliği değil hak ve sorumlulukları da içereceğinden ayrı bir güvence fonunun oluşturulması ya da sigorta poliçeleriyle olası zararların telafi olanaklarının sağlanması da faydalı olacaktır⁸².

V. SONUÇ

Fikri mülkiyet hukuku alanında buluşu yapan kavramı, kimi mevzuat örneklerinde açıkça, kimi mevzuat örneklerinde ise bağlamdan yola çıkılarak gerçek kişiyi ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Teknolojinin geliştirilmesi ve yeniliklerin teşvikini amaçlayan fikri mülkiyet hukuku oluşturulurken, yaratıcılık, zekâ, yenilik, çözüm üretme gibi insana özgülenen yeteneklere dayanan buluş ortaya çıkarma sürecinin insan olmayı karşılaması anlaşılabilir bir durumdur. Ancak insana özgülenen alan ve yeteneklerin hızla teknolojik materyallere transfer edilebilmesi neticesinde, uygulamadaki gerçeklik, yasalardaki kabullerle uyumunu her geçen gün biraz daha yitirmektedir. Sürekli değişim halinde olan uygulamadaki sorunları gidermekte, görece sabit olan mevzuatın yetersiz hale gelmesi yeni bir durum değildir. Nitekim bu öngörüyle mevzuatın yargıya esneklik ve takdir yetkisi tanıdığı düzenleme tercihleri de bunu kolaylaştırabilmektedir. Ancak yapay zekâ sistemlerinin otonom olarak ve tasarımcısını aşarak özgün ve yenilikçi çıktılar ortaya çıkarması karşısında, yapay zekâ sistemlerinin buluş sahibi olarak kabul edilip edilemeyeceği sorusu, yargının hazırlıklı olmadığı bir meseledir. Bazı uygulama ve mevzuat arasındaki belirsizlikler, yargısal yorum yoluyla giderilebilse de bu mesele, yasama faaliyetini zorunlu kılan, uygulama ve mevzuat arasındaki derin bir uçurumu işaret etmektedir.

Yargı alanında mevzuatla bağlı olan yargı mensuplarının kişi kavramını genişletmeleri ya da hak sahibi olmaya yönelik kabulleri eğip bükmeleri kanunilik, hukukun öngörülebilirliği, yargının yasama faaliyeti yapamaması gibi pek çok temel hukuk ilkesi ile gelişmektedir. Dolayısıyla yapay zekâ sistemlerinin buluşçu olarak kabul edilmemesi, yargının yetkisi dahilinde ve mevcut patent sistemiyle de uyumlu bir yaklaşım olarak değerlendirilmektedir. Bir bakıma malumun ilanı niteliğinde olan bu yaklaşım o kadar makul bir değerlendirmedir ki Birleşik Krallık’da olduğu gibi patent ofisinin işleyişine ilişkin uygulama elkitabına olumsuz değerlendirmenin eklenmesiyle dahi DABUS hareketinin gündeme getirdiği belirsizliğin giderilmesi mümkündür. Her ne kadar yapay zekâ sistemlerinin buluşçu olarak kabul edilmemesi bu kadar basit düzenlemeler ve yorum yoluyla ortaya koyulabilse de yapay zekâ sistemlerinin buluş sahibi olarak kabulü ise değil bir yönetmelik hükmü, mahkeme içtihadıyla dahi mümkün görünmemekte, hatta halkoynamasına sunulmayı gerektirecek önemde köklü bir hukuki reform ve tüm ilgili mevzuatlarda büyük bir dönüşüm gerektirdiği düşünülmektedir. Bu kabulün gerçekten gerekli olup olmadığı ve buna yönelik gerçek bir ihtiyaç olup olmadığı da ayrıca ele alınması gerektiği açıktır. Tüm bu değerlendirmeler sonucunda, mevcut hak sahipliği çerçevesinin yetersiz olduğu ve çağın gereklerini karşılamadığı sonucuna ulaşırsa da bu kapsamın genişletilmesi ancak kapsamlı bir yasa politikası ve stratejisi etrafında mümkün olabilecektir.

Sonuç olarak yapay zekâ sistemlerinin buluş sahibi olarak kabul edilmesi gerektiği düşünülüyorsa bu kararın yargının değil yasamanın faaliyet alanına girdiğinin kabulü gerekmektedir. Ancak yine de bu meselenin yargı alanında tartışılması ve gündemde tutulması önemlidir. Nitekim yasama alanında böyle bir faaliyete girişilmesini mümkün kılan da yine uygulamadaki ihtiyaçları yansıtan yargısal değerlendirmelerdir. Bu tür tartışmaların yaygınlaşması, belirsizliklerin ortaya koyulması ve mevcut düzenlemelerin hukuki gerçeklikle örtüşmemeye başladığının kabul edilmesi üzerine, bu konu er ya da geç kanun koyucunun gündemine taşınacaktır. Nitekim ulusal ve uluslararası düzeyde pek çok araştırma ve inceleme çalışmaları yapılarak yapay zekâ sistemlerinin hukuki nitelik çerçevesi üzerinde çalışmalar yürütülmektedir. Hukukun hakkın öznesi olarak tanıdıklarının kapsamı, toplumsal ihtiyaçlar, bilinç, farkındalık, kültür, ekonomik ve sosyal değişimler neticesinde uzun bir sürece ve özünde uzun bir mücadeleye bağlı olarak şekillenmektedir. Benzer bir açılımın yapay zekâ sistemlerini de kapsayacak şekilde genişletilmesi, insan olmanın ve hak sahibi olmanın anlamının yeni bir çerçeve ile yeniden ele alınmasıyla ve bir bakıma teknolojinin toplumda yarattığı etkiyle paralel şekilde ilerleyecektir. Teknoloji, geçmiş alışkanlık ve kabulleri sarstıkça, teknolojik materyallerin hukuk sahnesindeki yerini sağlamlaştırması ve dijital dönüşümün hız kazanması da mümkün olacaktır. John Maynard Keynes’in de vurguladığı gibi:

“Zorluk, yeni fikirlerde değil, çoğumuz gibi değiştirilenler için zihnimizin her köşesine dal budak salan eski fikirlerden kaçmakta yatmaktadır.” Orijinali “The difficulty lies, not in the new ideas, but

<https://www.judgments.fedcourt.gov.au/judgments/Judgments/fca/full/2022/2022fcafc0062> (Erişim: 04.04.2023).

⁸⁰ Benzer yönde BOSHER/GURGULA/STOKES/WANG/WESTENBERGER, s.7.

⁸¹ BORA ÇINAR, *Yapay Zekâ*, s.292.

⁸² SOLUM, s.1245; BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru: *Buluşçu Yapay Zekâ ve Patent Hukuku*, Aristo Yayınevi, İstanbul 2020, s.60; BORA ÇINAR, *Yapay Zekâ*, s.229.

in escaping the old ones, which ramify, for those brought up as most of us have been, into every corner of our minds⁸³

olan bu alıntı, DeepL Translator kullanılarak bu şekilde çevrilmiştir⁸⁴. Yazar olarak “ramify” kavramı için “sarmak” kavramını kullanmayı düşünürken, yapay zekâ destekli çeviri programı DeepL Translator, aynı kavram için “dal budak salmak” gibi güçlü ve söz sanatı içeren bir kavram kullanımını önermiştir. Görüldüğü üzere bu güçlü çeviri yeteneği ve çalışmamıza kattığı değer sebebiyle ilk atıftan başlamak üzere çeviri programının kullanıldığı her durumda kendisine atıf verilmesine özellikle dikkat edilmiştir. Fikri Mülkiyet hukukunun yapması gereken de belki de bu kişisel hassasiyetimizi genele yaymaktır. Nitekim teknolojik sistemler insan gibi ya da insandan daha fazla katkı sunduğu noktada, katkılarının gerektirdiği atfı alabilmeleri ve görünür kılınmaları, bu sistemler açısından olmasa bile hem bu sistemleri geliştiren insanlar hem de bu sistemleri kullanmadan ortaya fikir ve ürün çıkaran diğer insanların emek ve yaratıcılıklarına karşı dürüstlük kuralının bir gereği olarak değerlendirilmelidir⁸⁵.

KAYNAKÇA

- BAYINDIR, Anıl Sena: Yapay Zeka Teknolojilerinin Ortaya Koyduğu Buluşların Patentlenebilirliği, Yetkin, Ankara, 2022.
- BERKMAN, Ece: “DABUS Örneği Işığında Yapay Zekânın Buluşçu Niteliğine Dair Değerlendirme”, Yapay Zekâ Çağında Hukuk: İstanbul Barosu-Bilişim Hukuku Komisyonu Yapay Zekâ Çalışma Grubu, (12), 2021, s.18-23, <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/komisyonlar/yzcg/2021eylulbulten.pdf> (Erişim: 10.04.2023).
- BONADIO, Enrico/MCDONAGH, Luke/DINEV, Plamen: “Artificial Intelligence as Inventor: Exploring the Consequences for Patent Law”, Intellectual Property Quarterly, 1, 2021, s.48-66.
- BORA ÇINAR, Sevda: “Dava Yönetimi ve Yapay Zekâ Etkileşimi Üzerine Düşünceler”, Legal Hukuk Dergisi, 20(234), 2022, s.2089-2130 (Dava Yönetimi).
- BORA ÇINAR, Sevda: Şirketler Hukukunun Geleceği Üzerine Bir İnceleme: Şirket Yönetiminde Yapay Zekâ, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022 (Yapay Zekâ).
- BORA ÇINAR, Sevda: “Yapay Zekâ Teknolojilerinin Hukuki Nitelik Tartışmaları Bağlamında Avustralya Federal Mahkemesinin “Thaler v Commissioner of Patents [2021] FCA 879” ve “Commissioner of Patents v Thaler [2022] FCAFC 62” Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yeni İçtihatlar: Ulusal, Uluslararası ve Yabancı Mahkeme Kararları Sempozyumu (Case Law Symposium: Recent Developments In Domestic, International, And Foreign Judiciaries), Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 7 Ekim 2022, s. 70-71, <https://law.ku.edu.tr/wp-content/uploads/2022/10/Mahkeme-Kararları-Sempozyumu-Kitap%CC%A7ig%CC%86i.pdf> (Erişim: 02.02.2023) (Kararların Değerlendirilmesi).
- BORA ÇINAR, Sevda: “Yapay Zekânın Hukuki Niteliği: Felsefi, Bilimsel ve Tarihi Yaklaşımlarla Malvarlığı Unsurlarının Kişiliğe Giden Süreci”, Uluslararası Bilişim Kongresi Bildiriler Kitabı (International Informatics Congress 2022 Proceedings Book), 17-19 Şubat 2022, Batman Üniversitesi Yayınevi, 2022, s. 417-427, <http://earsiv.batman.edu.tr/handle/20.500.12402/4205> (Erişim: 02.02.2023) (Hukuki Nitelik).
- BOSHER, Hayleigh/GURGULA, Olga/STOKES, Simon/WANG, Faye/WESTENBERGER, Paula: “WIPO Impact of Artificial Intelligence on IP Policy Response from Brunel University London, Law School & Centre for Artificial Intelligence”, Brunel University London, 2020, https://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/artificial_intelligence/call_for_comments/pdf/org_brunel.pdf (Erişim: 10.04.2023).
- BOZBEL, Savaş: Fikri Mülkiyet Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru: Buluşçu Yapay Zekâ ve Patent Hukuku, Aristo Yayınevi, İstanbul 2020.
- CAN, Mustafa Erdem: Özel Hukukta Tüzel Kişiler, 2. Baskı, Ankara Basım Ofset Matbaacılık, Ankara, 2019.
- ÇELİK, Muhammet Emir: “Yapay Zekâ Ürünlerinin ve Sahiplik İkileminin Fikri Mülkiyet Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 71 2022, s.581-620.
- GÖZÜBÜYÜK, Barış: “Yapay Zekânın Meydana Getirdiği Fikri Ürünlerle İlişkin 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Kırkkale Hukuk Mecmuası, 1, 2021, s.54-81.
- KARATAŞ, Esra /KARACA, Uğur: “Yapay Zekâ Tarafından Meydana Getirilen Fikri Ürünlerin 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa Göre Korunması”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1, 2022, s.17-50.
- KAYA, Sencer: “Sınai Mülkiyetin Geleceğinde Yapay Zekâ ve Büyük Veri’nin Yeri”, Uzmanlık Tezi, Türk Patent ve Marka Kurumu, Ankara, 2020.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.
- KURZWEIL, Ray: The Age of Spiritual Machines, Penguins Book, New York, 2000.
- LUGER, George F.: Artificial Intelligence, Fifth Edition, Addison Wesley, Harlow, 2005.
- ODMAN, N. Ayşe: Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.
- ÖZÇELİK, Ş. Barış: “Yapay Zekânın Veri Koruma, Sorumluluk ve Fikri Mülkiyet Açısından Ortaya Çıkardığı Hukuki Gereksinimler”, Adalet Dergisi, 66, 2021, s.87-116.
- ÖZKAN, Fırat: Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- ÖZKAN ŞAHİN, Gizem/ŞAHİN, Çağatay: “Yapay Zekâlı Varlıklara Elektronik Kişilik Modeli Tanınmasına İlişkin Eurobotics Raporu ve Fikri Mülkiyet Sorunu Bağlamında Meseleye Yaklaşım”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 13(1), 2022, s.110-128.
- SOLUM, Lawrence B.: “Legal Personhood for Artificial Intelligences”, North Carolina Law Review, 70(4), 1992, s.1231-1287, <https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3447&context=nclr> (Erişim: 10.04.2023).
- TEKİNALP, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

⁸³ İlgili alıntı için bkz. DREXLER, K Eric: Engines of Creation: The Coming Era of Nanotechnology, New York, 1987, s.231.

⁸⁴ DeepL Translator : <https://www.deepl.com/translator> (Erişim: 02.04.2023).

⁸⁵ Benzer yönde bkz. BAYINDIR, s.110.

Mali Destek | Financial Support: Yazar Sevda BORA ÇINAR, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Salim ORHAN who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

OTONOM SİLAH SİSTEMLERİ VE HAKLI SAVAŞ TEORİSİ: ZORLUKLAR VE ÖNERİLER

AUTONOMOUS WEAPON SYSTEMS AND THE JUST WAR THEORY: CHALLENGES AND IMPLICATIONS

Hatice Kübra ECEMİŞ YILMAZ*  

Makale Bilgi

Gönderi: 19/02/2023
Kabul : 14/08/2023

Anahtar Kelimeler

*Otonom Silahlar,
Haklı Savaş Teorisi,
Savaşta Yapay Zeka,
Uluslararası Hukuk.*

Article Info

Received: 19/02/2023
Accepted: 14/08/2023

Keywords

*Autonomous Weapons,
Just War Theory,
Artificial Intelligence in
Warfare,
International Law.*

Özet

10.21492/inuhfd.1253060 

Otonom silah sistemleri (OSS), haklı savaş teorisinin uluslararası hukukta uygulanmasının önünde zorlu bir engel teşkil etmektedir. Haklı savaş teorisi, uzun süredir silahlı çatışmanın ahlaki ve yasal gerekçelerini değerlendirmek için bir çerçeve işlevi görmüş olsa da, OSS’de güç kullanımı üzerinde insan kontrolünün olmaması, benzersiz etik ve yasal zorluklar yaratır. Bu makale, jus ad bellum ve jus in bello kriterlerinin uygulanması da dahil olmak üzere OSS’nin uluslararası hukukta haklı savaş teorisi üzerindeki etkilerini incelemektedir. OSS’nin avantajlarını ve dezavantajlarını, bu sistemler için mevcut yasal çerçeveyi ve haklı savaş teorisi kriterlerini OSS’ye uygulamayla ilgili zorlukları tartışmaktadır. Makale, ek araştırma ihtiyacı, açık yasal çerçevelerin geliştirilmesi, uluslararası işbirliği ve koordinasyon, halkın katılımı ve farkındalığı ve silahlı çatışmada OSS kullanımına yönelik alternatif yaklaşımlar üzerine araştırma dahil olmak üzere, bu zorlukları ele almak için gelecekteki araştırma ve politika geliştirmeye yönelik önerilerle sona ermektedir. Bu kaygıların giderilmesi halinde, araştırmacılar OSS ‘nin geliştirilmesi ve kullanılmasının haklı savaş teorisi ve uluslararası hukuk ilkeleriyle tutarlı bir hale getirilmesi mümkündür.

Abstract

Autonomous weapon systems (AWS) present a formidable obstacle to the application of just war theory in international law. While just war theory has long served as a framework for assessing the moral and legal justification of armed conflict, the lack of human control over the use of force in AWS creates unique ethical and legal challenges. This article investigates the effects of AWS on just war theory in international law, including the application of jus ad bellum and jus in bello criteria. It discusses the benefits and drawbacks of AWS, the current legal framework for these systems, and the difficulties associated with applying just war theory criteria to AWS. The article concludes with recommendations for future research and policy development to address these challenges, including the need for additional research, the development of clear legal frameworks, international cooperation and coordination, public participation and awareness, and research on alternative approaches to the use of AWS in armed conflict. By addressing these concerns, researchers can work toward a future in which the development and use of AWS are consistent with the principles of the just war theory and international law.

 Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** ECEMİŞ YILMAZ, Hatice Kübra, "Otonom Silah Sistemleri ve Haklı Savaş Teorisi: Zorluklar ve Öneriler", İnÜHFD, 14(2), 2023, s.401-411. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir.

| This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

I. INTRODUCTION

Autonomous weapon systems (AWS) are armed systems that can function independently of direct human control¹. These systems select and engage targets using sensors, artificial intelligence (AI), and computer algorithms. AWS can analyze data and make decisions autonomously, unlike conventional weapons. Unmanned aerial vehicles (UAVs or drones), autonomous ground vehicles (AGVs), and autonomous maritime systems (AMS) are examples of AWS².

AWS are significant in contemporary international law due to their potential impact on the conduct of war. Significant ethical, legal, and operational issues are raised by the creation and deployment of AWS. AWS could reduce casualties and improve the effectiveness of military operations³. Concerns exist, however, that AWS could result in unintended harm, a loss of control over the use of force, and violations of international humanitarian law. International lawyers, policymakers, and military experts are debating the legal and ethical implications of the increasing use of AWS. The United Nations Convention on Certain Conventional Weapons established an open-ended Group of Government Experts in 2016 with the purpose of examining the characterization of these weapon systems and developing a working definition; however, they have not yet established a universally accepted terminology⁴. The consensus is growing that the existing legal framework, which includes the principles of international humanitarian law (IHL) and human rights law, is insufficient to regulate the use of AWS. Therefore, new legal and ethical guidelines are required to ensure that AWS are developed and used in accordance with the principles of just war theory and the protection of civilian populations. Moreover, the deployment of AWS has substantial geopolitical implications. Utilization of AWS could alter the balance of power between states and increase the probability of conflict. The development of AWS also raises concerns regarding the spread of advanced military technologies and the potential for arms races. The regulation of AWS is therefore not only a matter of international law, but also of global security. The development and use of AWS must be strictly regulated to ensure that they adhere to the principles of just war theory and IHL.

The purpose of this article is to examine AWS from the perspective of just war theory in international law. The article begins with a definition of AWS and a summary of the existing legal framework on their use. The paper then examines the historical evolution of just war theory and its relevance to modern international law, and how the just war theory, including *jus ad bellum* and *jus in bello*, applies to AWS. The article also discusses the difficulties of applying just war theory criteria to AWS, such as the lack of human control over the use of force, the difficulty of programming autonomous systems to comply with just war criteria, and the issue of responsibility and accountability for the use of AWS. The article concludes with a discussion of the implications of AWS for the theory of just war in international law, as well as recommendations for future research and policy development. The purpose of this article is to contribute to the ongoing discussion about the ethical and legal implications of AWS and to provide some guidance for legal scholars.

II. HISTORICAL DEVELOPMENT OF “JUST WAR THEORY”

Just war theory is a set of ethical principles and guidelines that attempts to establish the conditions under which a war is just or morally acceptable. The central premise of the just war tradition is that war should be used to create lasting peace⁵. The tradition of Just War is best understood as the enunciated “norms, customs, professional codes, legal precepts, religious and philosophical principles, and reciprocal arrangements that shape our judgments of military conduct”⁶.

Some of these norms and principles can be seen in the collection of international rules and agreements that have governed acceptable behavior in wars and conflicts, including the Geneva Conventions and the Hague Rules (“The Convention on Laws and Customs of War” 1899 and 1907⁷) These intend to place constraints on certain forms of warfare and provide a framework for the application of law in the prosecution of offenders⁸. Prosecution of such offenders were realized by the Nuremberg Tribunal at the end of World War II. There, the emphasis was shifted from vengeance to justice. The Nazis were tried for the crimes they committed during the war⁹. At Nuremberg, the prosecutors did not rely on the law of any particular state, instead, they relied upon the violations of the Hague conventions and internationally accepted standards of

¹ BOOGAARD, Jeroen Van Den: “Proportionality and Autonomous Weapons Systems”, *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, 6(2), 2015, p.251.

² BOOGAARD, p.255.

³ BOOGAARD, p.264.

⁴ BARBER, Ian Andrew: “Autonomous Weapons Systems & Accountability: Rethinking Criminal Responsibility for War Crimes at the ICC”, *SOAS Law Journal*, 7(1), 2020, p.9; “Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects”, adopted 10 April 1981, entered into force 2 December 1983; CCW, “Report of the 2017 Group of Government Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems” (22 December 2017), UN Doc CCW/GGE.1/2017/3 1,7.

⁵ MURPHY, James G.: *War’s ends: human rights, international order, and the ethics of peace*, Georgetown University Press, Washington DC 2014, p.22.

⁶ STRAWSER, Bradley J.: *Killing by Remote Control: The Ethics of an Unmanned Military*, Oxford University Press, New York 2013, p.28.

⁷ CORDERO, Carlo A.: *Lethal Autonomous Weapons and the End of Just War: Awakened Automata or Solemn Simulacra*, Air Univ Maxwell Afb Al Maxwell Afb, United States 2018, p.9.

⁸ CORDERO, p.9.

⁹ DRISCOLL, William/ZOMPETTI, Joseph/ZOMPETTI, Susette: *The International Criminal Court: Global Politics and the Quest for Justice*, International Debate Education Association, New York 2004, p.11.

justice, even if these latter norms had not been formally enshrined as a body of international law. Since then, international bodies such as the International Court of Justice of the United Nations, the International Criminal Court established by the Rome Statute, and other international tribunals have relied on a collection of treaties and agreements on international crimes to decide cases and dispense justice¹⁰. Contemporary scholars continue to debate and refine the theory as it has evolved over time.

Just war theory is comprised of two parts: *jus ad bellum*, which deals with the justification for going to war, and *jus in bello*, which addresses the conduct of war¹¹. The *jus ad bellum* criteria are; a) war must be waged for a just cause, such as self-defense, the defense of innocent people, or the prevention of an unjust attack, b) a war must be declared by a legitimate authority, such as a government or international organization, c) a war must be waged for the right intention, such as the restoration of justice and peace, and not for selfish or aggressive reasons, d) war must be a last resort, employed only when all peaceful means of resolving a conflict have been exhausted, e) the harm caused by the war must be proportional to the good it achieves, f) a war must have a reasonable prospect of success¹². The qualifications for *jus in bello* are; a) combatants must make a distinction between civilians and military targets and attack only the latter, b) the damage caused by an attack must be proportional to the military objective attained, c) an attack must be necessary to achieve a valid military objective¹³.

Just war theory is a framework for assessing the moral and legal justification for wars and the conduct of warfare. It seeks to strike a balance between the need to defend against aggression and promote justice and peace and the need to prevent civilians and combatants from suffering unnecessary harm.

A. The Development of the Theory of Just War from Antiquity to the Present

Ancient Greek and Roman philosophers such as Plato, Aristotle, and Cicero discussed the morality of war¹⁴. Plato, for instance, argued that war should be waged only as a last resort and that soldiers should not engage in unnecessary violence or plunder. Cicero argued that war should only be waged for just reasons, such as self-defense or the protection of allies.

During the Middle Ages, Christian theologians such as Augustine and Aquinas sought to reconcile the morality of warfare with the teachings of the Christian faith and contributed to the development of just war theory. Augustine argued that war was a necessary evil¹⁵ and that it could only be justified in self-defense or the punishment of wrongdoers. Aquinas elaborated on Augustine's ideas and developed the concept of *jus ad bellum*, which specifies the conditions under which a war can be deemed just. Aquinas outlined three requirements for a just war, such as that the main purpose of a war has to be the creation of peace¹⁶, only the legitimate government of an independent nation can declare war and then carry it out and it must be absolutely necessary. To achieve a just peace and a just order of things in which each nation is given its due, war must be fought with the right intention¹⁷.

Just war theory continued to develop and adapt to new circumstances and challenges in the modern era. The evolution of international law and the rise of modern warfare have generated new debates and difficulties for the application of the just war theory. For instance, the proliferation of nuclear weapons and other forms of mass destruction has prompted some scholars to question the morality of warfare in general, while others have argued that just war theory must be revised to account for these new realities. The role of non-state actors in conflict, the use of military drones and other autonomous weapons, and the impact of new technologies on the warfare itself have also been the subject of recent debates regarding just war theory. Therefore, just war theory continues to be a dynamic and evolving field, as scholars and policymakers strive to strike a balance between the need to defend against aggression and promote justice and peace and the need to avoid causing unnecessary harm to civilians and combatants.

B. Contemporary Relevance of Just War Theory to International Law

Just war theory remains a crucial framework for assessing the moral and legal justification for wars and the conduct of warfare in contemporary international law. Various international legal instruments, such as the United Nations Charter, which prohibits the use of force except in self-defense¹⁸ or with the authorization of the UN Security Council, reflect the principles of just war theory. To this end, the United Nations (and by extension, the entire organization) is empowered by Article 1 of the Charter to take "effective collective measures", "to prevent and eliminate threats to the peace and to suppress acts of

¹⁰ LEE, Roy S.: The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations and Results, Kluwer Law International, The Hague 2002, ix; CORDERO, p.9.

¹¹ WALZER, Michael: Haklı Savaş Haksız Savaş: Tarihten Örneklerle Desteklenmiş Ahlakî Bir Tez, Çeviren DOĞAN, Mehmet, Boğaziçi Üniversitesi Yayinevi, İstanbul 2010, p.47.

¹² FREIBERGER, Erich: "Just War Theory and the Ethics of Drone Warfare", E-International Relations, 2013, p.1-2.

¹³ FREIBERGER, p.2.

¹⁴ FREIBERGER, p.1.

¹⁵ RYCHLAK, Ronald J.: "Just War Theory, International Law, and the War in Iraq", Ave Maria Law Review, 2, 2004, p.5.

¹⁶ RYCHLAK, p.5.

¹⁷ RYCHLAK, p.6.

¹⁸ Using or threatening to use force is prohibited by Article 2(4) of the United Nations Charter, with the exception of self-defense and enforcement actions authorized by the UN Security Council. For the just war theory developed after World War II, some academics use the term "jus contra bellum" instead of "*jus ad bellum*." SPINDLER, Zsolt: "Just War Theories from *Jus Ad Bellum* to *Jus Post Bellum*-Legal Historical and Legal Philosophical Perspectives", Kazan University Law Review, 4(4),2019, p.239; TAYLOR, M. J.: "Just Obsolescence: Is Just War Theory Still Relevant in the 21st Century?", Manchester Review of Law, Crime and Ethics, 10, 2021, p.181.

aggression or other breaches of the peace”¹⁹. The criteria of the theory of just war are also reflected in the laws of war, which regulate the conduct of warfare and seek to minimize harm to civilians and combatants. These laws include the Geneva Conventions of 1949²⁰ and their Additional Protocols²¹, which outline the responsibilities of combatants, as well as providing protections to civilians and prisoners of war²².

The principles of just war theory continue to inform contemporary debates surrounding emerging issues in international law, such as the use of drones and other AWS. These new technologies raise questions regarding the distinction between combatants and civilians, the proportionality of attacks, and the justification for the use of force. Hence, just war theory has significant implications for the evolution of international humanitarian law²³, and the promotion of international peace and security. Just war theory can promote greater accountability and transparency in military operations and ensure that the use of force is a last resort by providing a framework for evaluating the moral and legal justifications for wars and the conduct of warfare.

III. AUTONOMOUS WEAPON SYSTEMS

A. Definition and Types of Autonomous Weapon Systems

AWS (AWS) are weapons that use artificial intelligence (AI) algorithms and other advanced technologies to identify and engage targets without human intervention or control²⁴. Unlike traditional weapons, which require a human operator to pull the trigger or launch the weapon, AWS are programmed to decide when and how to use lethal force²⁵.

There are several types of AWS, which include:

UAVs (Unmanned Aerial Vehicles), also known as drones: These are remotely or autonomously controlled aircraft that are used for a variety of military and civilian purposes such as reconnaissance, surveillance, and targeted killings. UAVs, which are usually remotely controlled by a human counterpart, have become increasingly important in warfare over the past decade.

Autonomous ground vehicles²⁶: These are vehicles that operate on land, such as tanks or other armored vehicles, and are outfitted with AI algorithms and other technologies that allow them to navigate and engage targets without the need for human intervention.

Autonomous naval vessels are ships and other types of sea vessels that are outfitted with advanced technologies that allow them to operate independently or semi-independently without the need for human intervention.

Autonomous weapons are weapons which are designed to operate autonomously or semi-independently²⁷, without the need for human intervention, such as missile systems that can identify and engage targets on their own.

The development and use of AWS raises significant ethical, legal, and strategic concerns, particularly the potential for these systems to cause harm to civilians, to reduce accountability and transparency in military operations, and to shift the power balance between states and non-state actors. As a result, the use of AWS is the subject of ongoing debate and discussion within the international community, with some arguing for a ban or moratorium on their use, while others advocating for their continued development and deployment.

¹⁹ The United Nations, “The Charter of the United Nations”, 1945, Article 1.

²⁰ “Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Geneva”, 12.08.1949; “Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea. Geneva”, 12.08.1949; “Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva”, 12.08.1949; “Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Geneva”, 12.08.1949, <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/geneva-conventions-1949additional-protocols-and-their-commentaries>, (Accessed: 18.02.2023).

²¹ “Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12.08.1949 and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts” (Protocol I), 8.06.1977; “Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12.08.1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts” (Protocol II), 8.06.1977; “Protocol additional to the Geneva Conventions of 12.08.1949, and relating to the Adoption of an Additional Distinctive Emblem” (Protocol III), 8.12. 2005, <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/geneva-conventions-1949additional-protocols-and-their-commentaries>, (Accessed: 18.02.2023).

²² DREMLIUGA, Roman: “General Legal Limits of the Application of the Lethal Autonomous Weapons Systems within the Purview of International Humanitarian Law”, *Journal of Politics and Law*, 13(2), 2020, p.117.

²³ DREVESKRACHT, Ryan: “Just War in International Law: An Argument for a Deontological Approach to Humanitarian Law”, *Buffalo Human Rights Law Review*, 16, 2010, p.237-288.

²⁴ BOOGAARD, p.251.

²⁵ TOSCANO, Christopher P.: “Friend of Humans: An Argument for Developing Autonomous Weapons Systems”, *Journal of National Security Law and Policy*, 8(1), 2015, p.192.

²⁶ OZGUNER, Umit/ACARMAN, Tankut/REDMILL, Keith Alan: *Autonomous Ground Vehicles*, Artech House, Norwood MA 2011.

²⁷ HAMMOND, Daniel N.: “Autonomous Weapons and the Problem of State Accountability”, *Chicago Journal of International Law*, 15(2), 2015, p.659.

B. Advantages and Disadvantages of Autonomous Weapon Systems

1. Advantages²⁸

One of the primary benefits of AWS is their potential to operate more efficiently and effectively than conventional weapons. AWS are able to make accurate and prompt decisions regarding the use of lethal force, which could reduce the time required to respond to threats²⁹. By removing human operators from the battlefield, AWS could reduce the risk of injury and death and prevent casualties. As an illustration, the distance between the combatants will be far. By employing this approach, the adversary's ability to inflict harm against someone will be impeded, or at the very least, the extent of such harm will be diminished³⁰. By employing cutting-edge technologies such as artificial intelligence, machine learning, and computer vision, AWS is able to differentiate between combatants and civilians more accurately and reduce collateral damage. Moreover, AWSs possess some potential advantages in comparison to humans³¹. These advantages encompass enhanced sensory and computational capabilities, the absence of emotional factors such as fear and wrath, and the capacity to effectively monitor and report instances of unethical conduct in military operations³². An AWS possesses the capability to access a greater amount of information pertaining to the value of a target. Consequently, it is equipped to make a more informed assessment regarding matters such as proportionality, even in time-sensitive situations³³. Despite the absence of inherently human qualities like empathy, AWS is capable of adhering to the principles and regulations governing battle.

Regardless of opinions on the overall capabilities of AWS, there are instances where utilizing AWS can be a flawless experience. Consider a hypothetical scenario wherein a remotely operated autonomous underwater vehicle is deployed within a secluded aquatic environment, devoid of any human presence³⁴. The likelihood of the submarine contravening international humanitarian law is exceedingly minimal. This scenario represents the optimal outcome, although it serves as a broader illustration of the varying effectiveness and legitimacy of AWSs, contingent upon certain conditions³⁵. In this regard, AWSs exhibit distinctions from certain armaments that have been proscribed by the global community, including imperceptible components and incapacitating laser weapons that inflict unwarranted suffering irrespective of their manner of deployment³⁶. In the foreseeable future, it is plausible that AWSs might potentially be deployed for urban surveillance and combat target identification. However, at present, it may be more prudent to confine their operations to controlled environments or restrict their usage to defensive purposes exclusively. Regardless, the necessity for well-defined guidelines does not constitute a justification for complete prohibition. Instead of imposing extensive restrictions on AWSs, it is advisable for international law to acknowledge their potential permissive usage in specific contexts, thereby enhancing the regulatory framework³⁷.

2. Disadvantages:³⁸

One of the disadvantages is the potential impossibility of attaining a comprehensive understanding of the risks associated with AWS. It is often challenging for programmers to precisely forecast the behavior of computer-based systems. In addition, it is important to note that computer-based systems may have system malfunctions, part failures, and internal problems. Furthermore, the advent of sophisticated technology presents the potential for "emergent behaviors," which refer to actions that are not explicitly intended but occur as a result of the intricate nature of the system³⁹.

One of the primary disadvantages of AWS is its lack of human control (completely or partially⁴⁰) and judgment. This suggests that AWS may be unable to differentiate between combatants and noncombatants⁴¹

²⁸ SCHMITT, Michael N./THUMBER, Jeffrey S.: "Out of the Loop: Autonomous Weapon Systems and the Law of Armed Conflict", *Harvard National Security Journal*, 4(2), 2013, p.235; CASS, Kelly: "Autonomous Weapons and Accountability: Seeking Solutions in the Law of War", *Loyola of Los Angeles Law Review*, 48(3), 2015, p.1027-1028; MA, Erica H.: "Autonomous Weapons Systems under International Law", *New York University Law Review*, 95(5), 2020, p.1444-1445.

²⁹ In numerous scenarios, robots exhibit superior reaction times and more precise targeting abilities compared to human. SINGER, Peter W.: "Military Robots and the Laws of War", *The New Atlantis*, 23, 2009, p.29.

³⁰ GÜNEYSU, Gökhan: "Yeni Silahların Tabi Tutulması Gereken Hukukilik Denetimi ve Otonom Silah Sistemleri", *Düşünce Dünyasında Türkiz*, 14(1), 2023, p.98.

³¹ LEWIS, John: "The Case for Regulating Fully Autonomous Weapons", *Yale Law Journal*, 124(4), 2015, p.1315.

³² LEWIS, p.1315.

³³ LEWIS, p.1315.

³⁴ LEWIS, p.1315.

³⁵ LEWIS, p.1315.

³⁶ LEWIS, p.1315.

³⁷ LEWIS, p.1315.

³⁸ MA, p.1446; CASS, p.1028; ARKIN, Ronald C.: "The case for ethical autonomy in unmanned systems", *Journal of Military Ethics*, 9(4), 2010, p.333; MARCHANT, Gary E./ALLENBY, Braden/ARKIN, Ronald/BARRETT, Edward T.: "International Governance of Autonomous Military Robots", *Columbia Science and Technology Law Review*, 12, 2011, p.282-284.

³⁹ CASS, p.1029

⁴⁰ KAISER, Stefan A.: "Legal Challenges of Automated and Autonomous Systems", *German Yearbook of International Law*, 60, 2017, p.175.

⁴¹ HOROWITZ, Michael C.: "The Ethics & Morality of Robotic Warfare: Assessing the Debate over Autonomous Weapons", *Dædalus, the Journal of the American Academy of Arts & Sciences*, 145(4), 2016, p.28.

There is a significant status difference between combatants and non-combatants. Combatants are protected only if they are wounded and prison. Non-combatants always receive protection; but like captive combatants, they will not be protected if they join the war. Those who are considered "combatants" in international armed conflicts are explained in Article 4 of the Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War.

or make nuanced decisions regarding the use of lethal force. Concerns regarding accountability and transparency in military operations are also raised by the use of AWS. Because AWS can operate autonomously, it may be difficult to determine who is responsible for their actions and hold individuals accountable for war crimes and other violations of international law. The use of AWS increases the likelihood of proliferation and escalation in conflicts. Because AWS can operate more efficiently and effectively than conventional weapons, they may lower the threshold for the use of force and increase the likelihood of conflict escalation. There are also ethical concerns regarding the use of AWS, particularly regarding the potential for these systems to cause harm to civilians and violate the principles of just war theory. For instance, the use of AWS may raise questions regarding the proportionality of attacks, the necessity of using force, and the differentiation between combatants and noncombatants⁴².

C. Current Some Legal Framework for Autonomous Weapon Systems

There is currently no international convention or treaty that regulates the development and use of AWS. Nonetheless, the following international legal frameworks apply to AWS: The UN Charter establishes the fundamental principles of international law governing the use of force by states. Article 2(4) of the Charter⁴³ prohibits states from using force against another state other than in self-defense or with the authorization of the United Nations Security Council. Until the United Nations Security Council takes action to restore international peace and security, the Charter of the United Nations does not limit the inherent rights of states to self-defense⁴⁴.

Furthermore, in accordance with the principles of just war, *jus in bello*, states' military responses must be proportional to the severity of the threat, and make a clear distinction between military and non-military targets. During hostilities, the belligerents are not free to use any means or methods of warfare they see fit. This fundamental principle of IHL applies equally to both international and non-international armed conflicts⁴⁵. The codification of customs and traditions pertaining to land war took place during the 1899 The Hague Conference. The Annex to this regulation deals with wars at sea; In addition, the use of certain weapons (especially suffocating gases) is prohibited by three declarations. The 1907 Hague Conference resulted in 13 documents. The first three Conventions review existing texts on the wounded, sick, and prisoners of war. Fourth Convention is about the protection of the civilian population. These provisions include principles based largely on custom. The 1899 and 1907 Conventions establish the IHL rules that govern the conduct of armed conflict⁴⁶. Additional Protocol I (Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts) to the Geneva Conventions of 1949⁴⁷ is widely regarded as the legal document setting out the parameters within which armed conflicts must be conducted⁴⁸.

Since all forms of warfare fall under the purview of the rules of war, autonomous weapons systems would be no exception. These agreements are applicable to all types of weapons, including AWS. The ability of lethal AWS to comply with the IHL principles of distinction such as military necessity and proportionality is at the center of much of the debate over the legal implications of AWS⁴⁹. In this respect, the answer to the question of what a competent and conscientious human soldier should do to distinguish between combatants and protected persons relies not on readily apparent distinctive signs like military uniforms but on people's "behavior and actions on the battlefield", since it is difficult to determine who is who in a battlefield. It is highly unlikely that AWS will ever reach the level of intelligence and perception required to comply with such deliberations which is deemed necessary by the IHL⁵⁰. This involves recognizing body postures and gestures, comprehending facial expressions, and judging intentions and actions in real-time in the context of unstructured warfare scenarios⁵¹.

⁴² Check out for additional information regarding proportionality and autonomous weapons systems. BOOGAARD, p.247-283.

⁴³ "The United Nations Charter", article 2(4).

⁴⁴ WARREN, Aiden/HILLAS, Alek: "Decreasing Unintentional War: Governance Considerations for Regulating Lethal Autonomous Weapons Systems", Penn State Journal of Law and International Affairs, 9(2), 2021, p.81.

⁴⁵ FLECK, Dieter: "The Law of Non- International Armed Conflicts", The Handbook of International Humanitarian Law, 2nd edition, Oxford University Press, Oxford 2008, p.1203.

⁴⁶ All the fundamental rules governing the conduct of hostilities are customary, according to a study done in 2005 by the International Committee of the Red Cross. The use of indiscriminate weapons is forbidden, for example, and there should be a reasonable relationship between the goals and the means used in an attack.

⁴⁷ ROSE/OSWALD, p.425-427.

⁴⁸ According to the ICJ's Nuclear Weapons Advisory Opinion (1996), "the Court recalls that all States are bound by those rules in Additional Protocol I which, when adopted, were merely the expression of the pre-existing customary law," specifically referencing the Martens Clause, which was reaffirmed in the first article of Additional Protocol I. The so-called Martens Clause states that the "principles of humanity" and the "dictates of public conscience" shall be binding in situations where the Protocol remain incapable, "Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons", Advisory Opinion, 1996, ICJ Rep 226; MERON, Theodor: "The Martens Clause, principles of humanity, and dictates of public conscience", American Journal of International Law, 94(1), 2000, p.83-85; EGELAND, p.92.

⁴⁹ HEYNS, Christof: "Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary, and Arbitrary Execution, United Nations Human Rights Council", 23/47, 9. 4. 2013, paras 63-74; AKERSON, David: "The Illegality of Offensive Lethal Autonomy", SAXON, Dan, International Humanitarian Law and the Changing Technology of War, Brill, 2013, p.65.

⁵⁰ In fact, Articles 4 and 5 of the Geneva Convention(III) should be examined. Carrying an externally visible emblem is extremely important in the distinction between combatants and civilians. Here, it is aimed to emphasize that the emblem cannot be detected by AWS. In addition, the provisions of Articles 45 and 51 of Protocol Additional to the Geneva Conventions I can be referred to regarding the situation called "unlawful combatant" in international practice.

⁵¹ ALSTON, Philip: "Lethal Robotic Technologies: The Implications for Human Rights and International Humanitarian Law", Journal of Law, Information and Science, 21(2), 2011, p.35-60; GEISS, Robin: "The international-law dimension of autonomous weapons systems", International Policy Analysis, Friedrich-Ebert- Stiftung, 2015,14.

In conclusion, despite the existence of relevant international rules, the problems regarding appropriate legal and ethical frameworks for AWS are the subject of ongoing debate and discussion. Some argue that the existing legal frameworks are adequate to regulate AWS, while others argue that new treaties or conventions are necessary to address the unique challenges posed by these technologies. In addition, some states have taken unilateral measures to restrict or prohibit the development and use of AWS, such as South Korea's 2020 ban on fully autonomous weapons.

IV. JUST WAR THEORY CRITERIA APPLIED TO AUTONOMOUS WEAPON SYSTEMS

A. *Jus ad Bellum* Criteria

Regarding the application of *jus ad bellum* criteria to AWS, there are a number of important considerations. One of the most important questions regarding the use of AWS is whether or not they can be used to wage a just war. There are concerns that the lack of human judgment⁵² and control could lead to the use of lethal force in situations that do not meet the criteria for a just war. In this respect, the question of whether or not AWS are used as a last resort is also a significant concern. Some argue that the use of AWS could lower the threshold for the use of lethal force, as they could be employed in situations where human operators would not be willing to employ lethal force.

The proportionality criteria for the use of AWS is also an important factor. For there to be proportionality, states must weigh the benefits of their military actions against the costs⁵³. As in the former criteria, there is a similar concern that the lack of human judgment and control could lead to disproportionate use of force, even though AWS may be able to more precisely target combatants and minimize harm to civilians.

The question of whether or not the use of AWS has a reasonable chance of success is also a source of concern. Even though AWS may be more efficient and effective than conventional weapons, some argue that they may be incapable of achieving the objectives of a just war without human intervention.

Also, the *jus ad bellum* requires that any use of force to be authorized by a legitimate authority, making legitimate authority a crucial criterion. Non-state actors lack the authority to engage in armed conflict. Only properly recognized authorities (or sometimes legitimate authority) can declare war⁵⁴. Non-state actors are a major concern in the debate over the legitimacy of authority. The international legal system, for instance, imposes obligations on these actors but grants them no special rights. In the just war tradition, non-state actors are not legitimate authorities, even though states have the right to operate militarily against them⁵⁵. Consequently, in terms of legitimate authority: Who is authorized to employ AWS? One of the most important questions, here, is whether the use of AWS requires the approval of a human operator or whether the AWS can operate autonomously without human intervention. If AWS are programmed to act autonomously, questions arise regarding: Who is liable for any damage caused by their use? Who is accountable for AWS' actions? Who is responsible for the actions of AWS? Therefore, if AWS acts autonomously, the answer to the questions on accountability and responsibility for their actions has to be answered by taking into account the programmer, the operator and the state.

In conclusion, when it comes to the use of AWS, there are intricate ethical, legal, and strategic concerns. As a result, the international community continues to debate and discuss the appropriate legal and ethical frameworks for the development and use of these technologies, as well as how to ensure that their use is consistent with international law.

B. *Jus in Bello* Criteria

Jus in bello criteria, which governs the conduct of hostilities in armed conflict, consist of the principles of distinction, proportionality, and necessity⁵⁶. The principles are based on a compromise between strict military necessity and basic human decency⁵⁷. In other words, these principles are intended to ensure that the use of force is effective, moral, and minimizes harm to civilians and civilian property⁵⁸.

Concerning AWS, there are a number of important issues to consider in applying the principles of distinction, proportionality, and necessity. First of all, the principle of distinction requires that the use of force be limited to legitimate military targets and that civilians and civilian objects not be intentionally targeted. Yet, there is always a risk that AWS may not be able to differentiate between combatants and civilians, or that they may be programmed to target specific types of individuals or groups without regard to their status as combatants or civilians. Consequently, the use of AWS may result in indiscriminate harm to noncombatants.

⁵² AMOROSO, Daniele: "Jus in bello and jus ad bellum arguments against autonomy in weapons systems: A re-appraisal", *Questions of International Law*, 4(43), 2017, p.23-24.

⁵³ ROFF, p.51.

⁵⁴ VON ELBE, Joachim: "The evolution of the concept of the just war in international law", *American Journal of International Law*, 33(4), 1939, p.665.

⁵⁵ CLAPHAM, Andrew: "Human rights obligations of non-state actors in conflict situations", *International Review of the Red Cross*, 88(863), 2006, p.491-523.

⁵⁶ MARCHANT et. al, p.284-285; GRUT, Chantal: "The challenge of autonomous lethal robotics to international humanitarian law", *Journal of Conflict and Security Law*, 18(1), 2013, p.5-23; WINTER, Elliot: "The Compatibility of Autonomous Weapons with the Principles of Distinction in the Law of Armed Conflict", *International & Comparative Law Quarterly*, 69(4), 2020, p.845-876.

⁵⁷ KIAKALAYEH, Mahshid Talebian: "International Humanitarian Law and Artificial Intelligence: A Canadian Perspective", PhD dissertation, University of Windsor, Canada 2022, p.2.

⁵⁸ SOLIS, Gary D.: *The Law of Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge 2010, p.250-286.

The principle of proportionality stipulates that the use of force must be proportional to the military objective and that damage to noncombatants and civilian property must not be disproportionate to the military advantage gained. Under normal circumstances, a military leader must call off or delay an attack if it's likely that civilians will be killed, injured, or their property will be destroyed at a rate that's out of proportion to the expected military benefit⁵⁹. With AWS, however, there is a possibility that they may cause harm that is disproportionate to the military objective, or that they may cause harm to noncombatants or civilian objects that is disproportionate to the military advantage gained.

According to the principle of necessity, the use of force must be required to achieve the military objective and all other means of achieving that objective must have been exhausted⁶⁰. There is a possibility that AWS could be used without a clear military objective, or when other means of achieving the objective are still available. This raises concerns regarding the risk of harm to noncombatants and civilian objects, which could be avoided by employing alternative methods.

In conclusion, the principles of distinction, proportionality, and necessity are fundamental to the ethical and effective use of force in armed conflict, and they are applicable to the employment of AWS. There are ongoing debates and discussions within the international community regarding the use of these technologies consistent with international humanitarian law.

V. CHALLENGES TO APPLYING JUST WAR THEORY CRITERIA TO AUTONOMOUS WEAPON SYSTEMS

A. Lack of Human Control Over the Use of Force

The lack of human control over the use of force is one of the most difficult aspects of applying the principles of just war theory to AWS. AWS are designed to operate without direct human input or control and are capable of independently deciding when to use force⁶¹. From a just war theory standpoint, this lack of human control raises several concerns.

Human actors are accountable for their actions on the battlefield and can be held accountable for violations of international law in conventional warfare. One of the tenets of just war theory is that the decision to use force must be based on human judgment. Before deciding to use force, human operators are able to consider a variety of factors, such as the status of the target and the potential risks to noncombatants. On the other hand, AWS relies on algorithms and programming to make decisions regarding the use of force⁶², which may not be able to take into account the full spectrum of ethical and legal considerations.

Again, with AWS, there are also problems with regard to the principles of proportionality and discrimination. The system may not be able to consider the full range of factors that a human operator would consider in terms of these principles⁶³.

In conclusion, the lack of human control over the use of force with AWS poses substantial obstacles to the application of just war theory criteria.

B. Difficulty in Programming Autonomous Weapon Systems to Comply with Just War Criteria

Just war theory requires that the use of force must be proportionate, necessary, and discriminate in its effects. However, it is difficult to program an autonomous weapon system to make decisions based on these criteria. Programming a system to recognize and differentiate between combatants and noncombatants, for instance, requires the ability to recognize and analyze a variety of visual, auditory, and other sensory data. This is a complex and difficult task, as it can be difficult to distinguish between combatants and noncombatants in certain contexts⁶⁴. Likewise, programming a system to evaluate the proportionality and necessity of the use of force necessitates the ability to make complex judgments regarding the strategic and tactical context of the conflict. This may involve taking into account factors such as the status of the target, the nature and magnitude of the threat, and the potential risks to non-combatants. In addition, programming an AWS to comply with just war theory criteria raises complex ethical and legal concerns. This may be in conflict with the principle of discrimination if, for instance, a system is programmed to prioritize the safety of its own troops over other considerations, such as the potential harm to noncombatants.

In conclusion, coding AWS to comply with just war theory requirements poses a significant technical and ethical challenge. While it may be possible to program these systems to comply with certain aspects of the theory of just war, there are significant limitations and risks associated with relying on autonomous decision-making in armed conflict.

C. Responsibility and Accountability for the Use of Autonomous Weapon Systems

The issue of responsibility and accountability for the decisions made by AWS is a further difficulty when applying just war theory criteria to AWS. It is unclear, however, who should be held accountable when an AWS violates the relevant criteria.

One issue is the possibility of programming or operational errors or malfunctions in an AWS. If an AWS made a mistake, it is unclear who should be held liable for the resulting harm. The potential for

⁵⁹ BOOGAARD, p.260.

⁶⁰ BLANCHARD, Alexander/TADDEO, Mariarosaria: "Jus in bello Necessity, The Requirement of Minimal Force, and Autonomous Weapons Systems", *Journal of Military Ethics*, 2023, p.4.

⁶¹ CASS, p.1022.

⁶² CASS, p.1025.

⁶³ CASS, p.1035.

⁶⁴ CASS, p.1035.

intentional misuse or abuse of AWS is another concern. Who should be held accountable if an AWS were used in a way that violated just war theory criteria, such as by targeting civilians or using disproportionate force, is unclear⁶⁵. The individuals who programmed or deployed the system could be held liable, but the extent to which they should be held liable for the actions of an autonomous system is unclear. Existing legal frameworks, such as the principles of command responsibility and the duty to supervise, may be modified to address the use of AWS, according to some. Others have advocated for new legal and ethical frameworks that explicitly address the unique challenges that these technologies pose. The appropriate legal and ethical frameworks for addressing these issues are necessary.

VI. CONCLUSION

This article analyzes the application of just war theory to questions emerging from the operation of AWS in terms of international law. Just war theory has long guided the ethical and legal use of force in armed conflict. The *jus ad bellum* criteria—just cause, legitimate authority, and right intention—and *jus in bello* criteria—distinction, proportionality, and necessity—were discussed. Just war theory requires human control over force and these criteria are difficult to enforce without human control. The article highlighted the challenges of applying these criteria to AWS, including the lack of human control over force, the difficulty of programming AWS to comply with just war criteria, and the issue of responsibility and accountability for AWS decisions. Just war criteria are difficult to apply to autonomous systems because it is unclear who is responsible for their actions. Since AWS cannot make ethical decisions or consider the context of a conflict, programming it to comply with just war criteria is difficult. AWS's accountability for its decisions is unclear, making it a major obstacle. A nuanced and thoughtful approach is needed to ensure that AWS use is compatible with legal and ethical requirements of just war theory.

AWS also complicates the theory of just war by making the issues of responsibility and accountability difficult. As these systems become more autonomous, it becomes harder to determine who is responsible for AWS decisions that harm civilians or violate just war criteria. Applying just war theory to AWS emphasizes the need for ongoing debate and discussion about the best legal and ethical frameworks for regulating these systems. There is no consensus on how to regulate AWS, but any framework must be carefully crafted to ensure ethical and legal use. AWS's complex legal and ethical implications for international law's just war theory requires ongoing research and policy development.

Clear legal frameworks for AWS development and use in armed conflict must be consistent with just war theory. Such frameworks must address the problem of human control over force, as well as the issues regarding accountability and responsibility for AWS decisions. AWS development and deployment must be regulated globally. States, non-state actors, and international organizations must cooperate and create clear international legal frameworks to use these systems. As AWS grows, public awareness of its legal and ethical implications is needed. This necessitates civil society, academic, and public participation in AWS use. In addition, research in non-lethal technologies and human-machine decision-making can inform policy and illuminate AWS's ethical and legal implications.

Addressing the legal and ethical implications of AWS in armed conflict requires ongoing research, policy development, international cooperation, and public participation. These steps can help researchers make AWS use consistent with just war theory and international law.

BIBLIOGRAPHY

- AKERSON, David: "The Illegality of Offensive Lethal Autonomy". SAXON, Dan, *International Humanitarian Law and the Changing Technology of War*, Brill, 2013.
- ALSTON, Philip: "Lethal Robotic Technologies: The Implications for Human Rights and International Humanitarian Law". *Journal of Law, Information and Science*, 21(2), 2011, p.35-60.
- AMOROSO, Daniele: "Jus in bello and jus ad bellum arguments against autonomy in weapons systems: A re-appraisal". *Questions of International Law*, 4(43), 2017, p. 5-31.
- ARKIN, Ronald C.: "The case for ethical autonomy in unmanned systems". *Journal of Military Ethics*, 9(4), 2010, p. 332-341.
- BARBER, Ian Andrew: "Autonomous Weapons Systems & Accountability: Rethinking Criminal Responsibility for War Crimes at the ICC". *SOAS Law Journal*, 7(1), 2020, p.5-64.
- BLANCHARD, Alexander/TADDEO, Mariarosaria: "Jus in bello Necessity, The Requirement of Minimal Force, and Autonomous Weapons Systems". *Journal of Military Ethics*, 2023, p.1-8.
- BOOGAARD, Jeroen Van Den: "Proportionality and Autonomous Weapons Systems". *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, 6(2), 2015, p.247-283.
- CASS, Kelly: "Autonomous Weapons and Accountability: Seeking Solutions in the Law of War". *Loyola of Los Angeles Law Review*, 48(3), 2015, p.1017-1068.
- Certain Conventional Weapons, 'Report of the 2017 Group of Government Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems' (22 December 2017) UN Doc CCW/GGE.1/2017/3 1,7.
- CLAPHAM, Andrew: "Human rights obligations of non-state actors in conflict situations". *International Review of the Red Cross*, 88(863), 2006, p.491-523.
- "Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects" (adopted 10 April 1981, entered into force 2 December 1983).
- CORDERO, Carlo A.: *Lethal Autonomous Weapons and the End of Just War: Awakened Automata or Solemn Simulacra*, Air Univ Maxwell Afb Al Maxwell Afb, United States, 2018.
- DREMLIUGA, Roman: "General Legal Limits of the Application of the Lethal Autonomous Weapons Systems within the Purview of International Humanitarian Law". *Journal of Politics and Law*, 13(2), 2020, p.115-121.

⁶⁵ CASS, p.1035, 1048.

- DREVESKRACHT, Ryan: "Just War in International Law: An Argument for a Deontological Approach to Humanitarian Law". *Buffalo Human Rights Law Review*, 16, 2010, p.237-288.
- DRISCOLL, William/ZOMPETTI, Joseph/ZOMPETTI, Susette: *The International Criminal Court: Global Politics and the Quest for Justice*, International Debate Education Association, New York, 2004.
- EGELAND, Kjolvy: "Lethal Autonomous Weapon Systems under International Humanitarian Law". *Nordic Journal of International Law*, 85(2), 2016, p.68-98.
- FLECK, Dieter: "The Law of Non- International Armed Conflicts". *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2nd edition, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- FREIBERGER, Erich: "Just War Theory and the Ethics of Drone Warfare". *E-International Relations*, 2013, p.1-7.
- GEISS, Robin: "The international-law dimension of autonomous weapons systems". *International Policy Analysis*, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2015.
- "Geneva Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Geneva", 12.08.1949; <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/geneva-conventions-1949additional-protocols-and-their-commentaries>, (Accessed: 18.02.2023).
- "Geneva Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea. Geneva", 12.08.1949; <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/geneva-conventions-1949additional-protocols-and-their-commentaries>, (Accessed: 18.02.2023).
- "Geneva Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva", 12.08.1949; <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/geneva-conventions-1949additional-protocols-and-their-commentaries>, (Accessed: 18.02.2023).
- "Geneva Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Geneva", 12.08.1949; <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/geneva-conventions-1949additional-protocols-and-their-commentaries>, (Accessed: 18.02.2023).
- "Geneva Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12.08.1949 and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts" (Protocol I), 8.06.1977; <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/geneva-conventions-1949additional-protocols-and-their-commentaries>, (Accessed: 18.02.2023).
- "Geneva Protocol additional to the Geneva Conventions of 12.08.1949 and relating to the Adoption of an Additional Distinctive Emblem" (Protocol III), 8.12. 2005, <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/geneva-conventions-1949additional-protocols-and-their-commentaries>, (Accessed: 18.02.2023).
- "Geneva Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12.08.1949 and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts" (Protocol II), 8. 06.1977; <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/geneva-conventions-1949additional-protocols-and-their-commentaries>, (Accessed: 18.02.2023).
- GRUT, Chantal: "The challenge of autonomous lethal robotics to international humanitarian law". *Journal of Conflict and Security Law*, 18(1), 2013, p.5-23.
- GÜNEYSU, Gökhan: "Yeni Silahların Tabii Tutulması Gereken Hukukilik Denetimi ve Otonom Silah Sistemleri". *Düşünce Dünyasında Türkiz*, 14(1), 2023, p.81-105.
- HAMMOND, Daniel N.: "Autonomous Weapons and the Problem of State Accountability". *Chicago Journal of International Law*, 15(2), 2015, p.652-687.
- HEYNS, Christof: "Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary, and Arbitrary Execution, United Nations Human Rights Council". 23/47, 9. 4. 2013, paras 63-74.
- HOROWITZ, Michael C.: "The Ethics & Morality of Robotic Warfare: Assessing the Debate over Autonomous Weapons", *Dædalus, the Journal of the American Academy of Arts & Sciences*, 145 (4), 2016, p.25-36.
- KAISER, Stefan A.: "Legal Challenges of Automated and Autonomous Systems". *German Yearbook of International Law*, 60, 2017, p.173-202.
- KIAKALAYEH, Mahshid Talebian: "International Humanitarian Law and Artificial Intelligence: A Canadian Perspective". PhD dissertation, University of Windsor, Canada, 2022.
- LEE, Roy S.: *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations and Results*, Kluwer Law International, The Hague, 2002.
- LEWIS, John: "The Case for Regulating Fully Autonomous Weapons". *Yale Law Journal*, 124(4), 2015, p.1309-1326.
- MA, Erica H.: "Autonomous Weapons Systems under International Law". *New York University Law Review*, 95(5), 2020, p.1438-1474.
- MARCHANT, Gary E./ALLENBY, Braden/ARKIN, Ronald/BARRETT, Edward T.: "International Governance of Autonomous Military Robots". *Columbia Science and Technology Law Review*, 12, 2011, p.272-316.
- MERON, Theodor: "The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public conscience". *American Journal of International Law*, 94(1), 2000, p.78-89.
- MURPHY, James G.: *War's ends: human rights, international order, and the ethics of peace*, Georgetown University Press, Washington DC, 2014.
- OZGUNER, Umit/ACARMAN, Tankut/REDMILL, Keith Alan: *Autonomous ground vehicles*, Artech House, Norwood, MA, 2011.
- Responsibility for War Crimes at the ICC". *SOAS Law Journal*, 7(1), 2020, p.5-64.
- ROFF, Heather M.: "Lethal Autonomous Weapons and Jus Ad Bellum Proportionality". *Case Western Reserve Journal of International Law*, 47(1), 2015, p.37-52.
- ROSE, Gregory/OSWALD, Bruce Oswald: "Additional Protocol I to the Geneva Conventions". In *Detention of Non-State Actors Engaged in Hostilities*, Brill Nijhoff, 2016.
- RYCHLAK, Ronald J.: "Just War Theory, International Law, and the War in Iraq". *Ave Maria Law Review*, 2, 2004, p.1-48.
- SCHMITT, Michael N./THUMBER, Jeffrey S.: "Out of the Loop: Autonomous Weapon Systems and the Law of Armed Conflict". *Harvard National Security Journal*, 4(2), 2013, p.231-281.
- SINGER, Peter W.: "Military Robots and the Laws of War". *The New Atlantis*, 23, 2009, p.25-45.
- SOLIS, Gary D.: *The Law of Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2010, p.250-286.
- SPINDLER, Zsolt: "Just War Theories from Jus Ad Bellum to Jus Post Bellum-Legal Historical and Legal Philosophical Perspectives". *Kazan University Law Review*, 4(4),2019, p.2397-272.
- STRAWSER, Bradley J.: *Killing by Remote Control: The Ethics of an Unmanned Military*, Oxford University Press, New York, 2013.
- TAYLOR, M. J.: "Just Obsolescence: Is Just War Theory Still Relevant in the 21st Century?". *Manchester Review of Law, Crime and Ethics*, 10, 2021, p.173-190.
- THE UNITED NATIONS, "The Charter of the United Nations", 1945, [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf](https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf), (Accessed: 18.2.2023).
- TOSCANO, Christopher P.: "Friend of Humans: An Argument for Developing Autonomous Weapons Systems". *Journal of National Security Law and Policy*, 8(1), 2015, p.189-246.
- VON ELBE, Joachim: "The evolution of the concept of the just war in international law". *American Journal of International Law*, 33(4), 1939, p.665-688.

- WALZER, Michael: Hakk Savaş Haksız Savaş: Tarihten Örneklerle Desteklenmiş Ahlaki Bir Tez, Çev. DOĞAN, Mehmet, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2010.
- WARREN, Aiden/HILLAS, Alek: “Decreasing Unintentional War: Governance Considerations for Regulating Lethal Autonomous Weapons Systems”. Penn State Journal of Law and International Affairs, 9(2), 2021, p.68-98.
- WINTER, Elliot: “The Compatibility of Autonomous Weapons with the Principles of Distinction in the Law of Armed Conflict”. International & Comparative Law Quarterly, 69(4), 2020, p.845–876.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Hatice Kübra ECEMİŞ YILMAZ, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Hatice Kübra ECEMİŞ YILMAZ who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnULR in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.

İCRA VE İFLÂS KANUNU'NUN 79/a MADDESİ UYARINCA KONUTTA HACİZ

SEIZURE IN RESIDENCE PURSUANT TO ARTICLE 79/a OF THE EXECUTION AND
BANKRUPTCY CODESeyhan SELÇUK*  

Makale Bilgi

Gönderi: 06/05/2023
Kabul : 09/08/2023

Anahtar Kelimeler

Konut,
Konut Dokunulmazlığı,
Haciz,
Konutta Haciz.

Özet

10.21492/inuhfd.1292956 

7445 sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu'na 79/a maddesi eklenmiştir. Söz konusu değişiklikten önce, icra müdürünün konutta haciz yapabilmesi için herhangi bir mahkemeden izin veya onay almasına gerek yoktu. Bu durum ise öğreti tarafından eleştirilmekteydi. Yapılan değişiklikle konutta haciz yapılması mahkemeden onay alınmasına dair bir usule bağlanmıştır. Madde sadece konutta haciz bakımından uygulanacaktır. Dolayısıyla, konut olmayan bir yerde haciz yapılabilmesi için, mahkemeden onay alınmasına gerek yoktur. Buna göre, icra müdürü haciz talep edilen yerin konut olup olmadığını tespit etmelidir. Bu yerin konut olduğu kanısına varacak olursa, bu yerde haciz yapılmasına karar verir. Bu kararın onaylanması için, kararı derhal icra mahkemesine sunar. İcra mahkemesi yapacağı inceleme sonucunda, bu yerin konut olduğu kanısına varırsa, kararın onaylanmasına kesin olarak karar verir. Aksi halde, icra müdürünün kararını kesin olarak kaldırır. Dolayısıyla bu düzenleme ile icra müdürünün konutta haciz yapabilmesi, onun inisiyatifinden alınmıştır. Böylece, icra müdürünün, konutta haciz yapabilmesi, mahkeme kararına bağlanmıştır. Maddenin uygulanması bakımından getirilmiş olan tek istisna, ihtiyati hacze ilişkindir. Buna göre, alacakla alakalı ihtiyati haciz kararı verilmişse, konutta haciz işlemi yapılabilmesi için, icra mahkemesinden onay alınmasına gerek yoktur. Bu çalışmada, İcra ve İflâs Kanunu m.79/a ile getirilen “konutta hacze” ilişkin usulün ne olduğu açıklanmaya çalışılacaktır. Bu bağlamda, maddenin merkezi olarak nitelendirilebilecek konut kavramı öncelikli olarak ele alınacaktır. Daha sonra, maddenin amacı, Anayasa ile ilişkisi üzerinde durulacaktır. Devamında maddenin takip yolları bakımından nasıl uygulanacağı, maddede öngörülen usul ve maddenin uygulanacağı haciz türleri incelenecektir.

Article Info

Received: 06/05/2023
Accepted: 09/08/2023

Keywords

Residence,
Immunity of Domicile,
Seizure,
Seizure in Residence.

Abstract

Law No. 7445 added Article 79/a to the Enforcement and Bankruptcy Code. Before the amendment, there was no need to obtain permission or approval from any court in order for the executive director to enter the residence and perform seizure in the residence. This situation was criticised by the doctrine. With this article, seizure in residence is subject to a certain procedure. The Article shall only apply to residences. Therefore, no authorization from a court is required to foreclose on a non-residential place. Accordingly, the executive director must determine whether the place of seizure is a residence or not. If he considers that this place is a residence, he decides to seize in this place. For confirmation of this decision, he immediately submits the decision to the enforcement court. If the court of execution concludes that this place is a residence as a result of its examination, it decides definitively to approve the decision. Otherwise, the decision of the executive director shall be definitively revoked. Therefore, with this regulation, the executive director's ability to seize the residence has been taken from his initiative. Thus, the ability of the executive director to seize the residence is subject to a court decision. The only exception to the application of the Article is related to precautionary attachment. Accordingly, if a precautionary attachment decision has been issued in relation to the receivable, there is no need to obtain approval from the execution court in order to make a seizure in the residence.

Bu eser [Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır.

* Dr. Öğr. Üyesi, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | Cite As: SELÇUK, Seyhan, “İcra ve İflâs Kanunu'nun 79/a Maddesi Uyarınca Konutta Haciz”, İnÜHFD, 14(2), 2023, s.412-425.

İntihal | Plagiarism: Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

Introduction and Research Purpose: Law No. 7445 added Article 79/a to the Enforcement and Bankruptcy Code. This article added to the Law is about the seizure in residence. This regulation is a new regulation regarding seizure in residence in terms of follow-up law. In fact, it is the first regulation in Turkish law that binds the seizure in the residence to the approval of the enforcement court. Since the subject is regulated for the first time in Turkish law, it is aimed to reveal what the procedure envisaged in the article is, how it should be interpreted and how it should be applied.

Literature Review: Article 79/a of the Enforcement and Bankruptcy Code introduces a new procedure in Turkish law in terms of the residence attachment procedure. For this reason, there is no book or article written yet in the literature regarding the attachment proceeding in residence and implementation of the article in terms of the procedure stipulated by the article. In addition, by making use of general books and articles on foreclosure, how the new procedure should be understood and applied will be evaluated in this article.

Methodology and Findings: The mixed method has been used in this article as a study method. Opinions on the doctrine and court decisions are also included to ensure an understanding of the concept. The main subject of this study is to demonstrate how to make a seizure in the residence. Since the procedure introduced in the Article is new in Turkish law, the procedure envisaged by the Article needs to be discussed in its full scope. In order to ensure this, comments will be made when necessary and even the deficiencies identified in the article will be indicated.

Conclusions, Limitations, and Recommendation: Since the concept of residence is at the center of the article, firstly, this concept is tried to be clarified. For this purpose, the meaning given to the concept of residence in the Turkish Code of Obligations and the Turkish Civil Code is analyzed by making use of the doctrine and court decisions, and how it should be understood in terms of the Enforcement and Bankruptcy Code. In terms of enforcement and bankruptcy law, a residence is a more or less enclosed and secure place where people are protected from bad weather, enemies, dangers, and are rested and been private life. Since the legislator does not include any restrictions in the grounds of the article, the concept of residence should be interpreted broadly. The purpose of the article is to protect the right to shelter, which is one of the basic human needs of individuals, and to protect their private life and immunity of domicile.

In terms of article 79/a, the legislator has conditioned the seizure of a residence on the condition that the executive director makes a seizure decision after the determination that the place where the seizure is requested is a residence and that this decision is submitted to the approval of the execution court. In this respect, the provision is in conformity with Articles 20 and 21 of the Constitution of the Republic of Turkey. In order to fully realize the constitutional rule on residential immunity and in accordance with the purpose of Article 79/a, we are of the opinion that the article should be applied to all types of execution proceedings with a few exceptions.

Although the regulation imposes a burden on the executive director to investigate whether the place where the attachment is requested is a residence or not, how this is to be done is not specified in the article. Two solutions can be offered for this determination. These are the creditor's declaration that this place is a residence when requesting seizure and the execution director's research through the Central Population Administration System. Such a declaration to be made by the creditor will also be in accordance with the principle of economy of the enforcement proceedings, as it will save time and costs. However, the fact that the creditor has not declared that this place is a residence while requesting an attachment does not result in the invalidity of the attachment request. Because it is the duty of the execution director to determine whether the place requested for attachment is a residence or not. There is no clarity in the article regarding the place where this determination will be made by the enforcement office. This situation is likely to create a problem regarding which enforcement office will issue the seizure decision if the place where the proceedings are filed and the place where the seizure will be made in the residence are different. Here, although the request for attachment will be made to the enforcement office where the proceeding is made, we think that the enforcement office in the place of the request should determine whether the rogatory office requested is a residence or not.

If the executive director concludes that the place where the seizure is requested is a residence as a result of his evaluation, he decides to seize the place and sends the decision to the enforcement court for approval. Otherwise, it fulfills the necessary seizure without any approval. However, the provision of paragraph III of Article 79/a of the Enforcement and Bankruptcy Law is reserved while carrying out the attachment procedure. In the third paragraph, the legislator has foreseen another protection mechanism in order to prevent any violation of the inviolability of private life and residence in the event that the executive director misjudges the place to be seized within the framework of the first paragraph or goes to seizure without making any assessment.

If the executive director determines that the place where the seizure is requested is a residence, he decides to seize in that place and immediately submits this decision to the approval of the enforcement court. The court shall examine and decide without a hearing within three days at the latest from the date the file is submitted. The fact that the article does not regulate how and with what evidence the court will make this examination is open to criticism. If the enforcement court concludes at the end of its examination that the place requested to be seized is a residence, it decides definitively to approve the decision. Otherwise, it decides definitively to revoke the seizure order. The fact that there is no remedy foreseen against these decisions is contrary to the Constitution.

The purpose of the law and of the law of enforcement is not necessarily to balance conflicting interests in an absolute way, but rather that a delicate balancing of interests is sufficient. Therefore, the procedure envisaged in the article does not violate the interests of the parties. Finally, it is in accordance with the Constitution for the legislator to bring an exception to the implementation of the article in terms of cautionary attachment. It is also a deficiency that an exception is not included in the article for the possibility of the debtor smuggling property from the residence.

I. GİRİŞ

Uluslararası sözleşmelerde (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.8) ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sında (m.20, 21) kişinin özel hayatı ve konut dokunulmazlığı güvence altına alınmış olmakla birlikte, icra ve iflâs hukuku bakımından bilhassa haciz işlemiyle ilgili icra müdürünün herhangi bir mahkeme kararı olmaksızın, borçlunun evinde haciz işlemi yapabilmesi, öğretilerde eleştirilmekteydi¹. Bu eleştirilerin dikkate alınmasının sonucunda, 7445 sayılı Kanun m.1 ile İcra ve İflâs Kanunu'na (İİK) 79/a maddesi eklenmiştir. Bu düzenleme, esas itibarıyla haciz aşamasında icra müdürünün konutta haciz işlemi yapabilmesini belli bir usule bağlanmaktadır.

7445 sayılı Kanun 23.03.2023 tarihinde TBMM'de kabul edilmiş ve Geçici madde 19 ile şu hüküm öngörülmüştür:

“Bu maddeyi ihdas eden Kanunla, Kanuna eklenen 79/a maddesi, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce verilen konutta haciz yapılmasına ilişkin kararlar hakkında uygulanmaz. Bu değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce verilen konutta haciz kararları hakkında, bu değişiklikten önceki hükümlerin uygulanmasına devam olunur”.

Kanun'un yürürlük maddesi olan 43/1/b'de ise, Kanun'un ilgili maddesinin yayım tarihinde yürürlüğe gireceği belirtilmiştir. Söz konusu Kanun, 05.04.2023 tarihi ve 32154 Sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmak suretiyle yürürlüğe girmiştir. Dolayısıyla İİK m.79/a hükmü, yürürlük tarihi olan 05.04.2023 tarihinden önce verilen konutta haciz yapılmasına ilişkin kararlar hakkında uygulanmaz. Bu bağlamda, 05.04.2023 tarihinden önce verilen konutta haciz kararları hakkında, bu değişiklikten önceki hükümler uygulanacağından, icra müdürünün konutta haciz gerçekleştirebilmesi için, icra mahkemesinin onayına ihtiyacı bulunmamaktadır.

İİK ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin Adalet Komisyonu Raporu'nun² genel gerekçesi şu şekildedir:

“Konut olarak kullanılan yerde haciz yapılması icra mahkemesinin kararına bağlanmaktadır. Buna göre hükümle, kişilerin temel insani ihtiyaçlarından olan barınma hakkının vücut bulduğu ve özel hayatının idame ettirdiği en önemli mahrem³ mekânlardan biri olan konutta haciz yapılması özel usule tabi tutulmakta ve böylece konut mahremiyetinin güçlendirilmesi sağlanmaktadır”.

Madde gerekçesinde de⁴ bu hususlara vurgu yapılmıştır. Söz konusu düzenleme, kişilerin temel insani ihtiyaçlarından olan barınma hakkını, özel hayatını ve mahrem alanını korumayı hedeflemektedir. Bu bakımdan aslında kanun koyucu İİK m.79/a'daki düzenlemeyi getirirken herhangi bir mahkeme kararı olmaksızın kişilerin konutlarında başkalarının müdahalelerinden uzak bir şekilde, huzur ve güven içinde yaşama haklarını korumayı amaçlamıştır. Bu çerçevede, konutta yapılacak hacizler bağlamında, özel hayata ve özellikle konut mahremiyetine müdahaleyi gerektiren işlemin, hâkim teminatı⁵ altında yapılması sağlanmıştır⁶.

II. KONUT KAVRAMI

İİK m.79/a'da kanun koyucu, “konutta haciz”⁷ başlığı altında haciz talep edilen yerin konut olduğunun icra müdürü tarafından tespit edilmesi halinde, haciz için uyulması gereken prosedürü düzenlemiş olmakla birlikte, Kanun'da konuttan ne anlaşılması gerektiğine açıklık getirmemiştir. Sözlük anlamıyla konut, “insanların içinde yaşadıkları ev, apartman vb. yer, mesken, ikametgâh⁸” olarak tanımlanmaktadır⁹.

Türk Borçlar Kanunu'nda, “Konut ve çatılı işyeri” kavramı kullanılmış ama konutun tanımı yapılmamıştır. Borçlar hukuku bakımından, konutun niteliği gereği her halükârda çatılı olacağı¹⁰ ve

¹ Söz konusu eleştiriler için bkz., IV ve aynı başlık altında yer alan dipnotlar.

² <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D27/Y6/T2/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/2f675167-40a3-4cee-ab80-423d94ef934a.pdf> (Erişim: 12.04.2023).

³ Mahremiyet hakkı, herhangi bir devletin Anayasa'sında güvence altına alınmadan önce, uluslararası bir insan hakkı olarak tanınmıştır. II. Dünya Savaşı'ndan sonraki yıllarda, insan hakları sistemi tasarlanırken devletler Anayasa'larında sadece mahremiyetin bazı görünümüne yer vermiştir (DIGGELMANN, Oliver/CLEIS, Nicole: “Mahremiyet Hakkı Nasıl İnsan Hakkı Haline Geldi”, (Çev. Yaşar, Jülide), ABUHF, 10(19), 2022, s.174).

⁴ <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D27/Y6/T2/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/2f675167-40a3-4cee-ab80-423d94ef934a.pdf> (Erişim: 12.04.2023).

⁵ “Özel hayata müdahale bakımından, salt bir alacağı elde etmek için alacaklının talebini esas almak ve icra memurunu bu talebi yerine getiren kişi konumuna sokmak, alacaklının talebini ve icra memurunun kararını, ancak hâkim teminatıyla uygulanabilecek bir anayasa kuralının önüne geçirmek anlamına gelecektir. Bu durum, anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğüne uygun düşmediği gibi, temel hakları korumada gözetilen kriterlere de aykırılık oluşturur. Hâkim güvencesi ve bağımsızlığı bulunmayan icra memurunun takdiri, hâkim kararı yerine hiçbir zaman geçemez” Naklen ÖZEKES, Muhammet: İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Adalet, Ankara 2009, s.164.

⁶ Benzer bir yaklaşım için bkz., PEKCANİTEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku, B.9, Onikilevha, İstanbul 2022, s.22; ÖZEKES, s.163.

⁷ Bu düzenleme, konuttaki malları haczetmek üzere konuta girilebilmesi için getirilmiş bir düzenlemedir. Doğrudan konutun kendisinin haczini konu almamaktadır.

⁸ Konut kavramı ikametgâh kavramından farklıdır. Bir kişinin ancak tek bir ikametgâhı bulunabilirken, birden fazla konut bulunmasına herhangi bir engel bulunmamaktadır (SÜMBÜL, Tuncay: Anayasa ve Türk Ceza Kanunu Bakımından Konut Dokunulmazlığının İhlali Suçu, Adalet, Ankara 2022, s.17).

⁹ <http://www.tdk.gov.tr> (Erişim: 10.04.2023).

¹⁰ YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN: Burak, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, Beta, İstanbul 2016, s.307,308; AKINCI, Şahin: “İşyeri Kiralarında Kiracının Korunması Açısından Borçlar Kanunu Tasarısının Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, AÜHF, 57(3), 2008, s.39; GÖKYAYLA, Emre: “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı (TBK. m.339)”, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, 8(Özel Sayı), 2013, s.1217; İPEK, Eyüp: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu İle Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Tahliye Sebeplerine İlişkin Getirilen Yenilikler”, TBBD, (102), 2012, s.61; ÖZKANOĞLU, Neşe: 6098 Sayılı TBK Kapsamında Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmesinin Kiraya Veren Tarafından Sona Erdirilmesi, B.2, Seçkin, Ankara 2021, s.24.

insanların barınma ihtiyaçlarını karşılamak üzere inşa edilen, etrafı ve üstü kapalı yapılar olduğu öğretide¹¹ belirtilmektedir¹². Dolayısıyla konuttan bahsedebilmek için, kişilerin sürekli oturması amacıyla, uyuma vb. ihtiyaçlarını karşılayan ve onu dış etkenlerden koruyan bir mekân niteliği bulunmalıdır¹³. Buna göre, konutun sürekli oturma amacıyla yani oturma, yatma, yeme, içme gibi barınmaya yönelik ihtiyaçları karşılama ve dış etkenlere karşı koruma sağlama özelliklerini taşıması gerektiği söylenebilir.

İİK m.79/a'ya ilişkin Kanun Teklifinin Adalet Komisyonu Raporu'nun¹⁴ genel gerekçesinde, konut olarak kullanılan yerde haciz yapılması icra mahkemesinin kararına bağlanmak suretiyle, kişilerin temel insani ihtiyaçlarından olan barınma hakkının vücut bulduğu ve özel hayatını idame ettirdiği en önemli mahrem mekânlardan biri olan konutta haciz yapılmasının özel bir usule tabi tutulmak suretiyle, konut mahremiyetinin güçlendirilmesinin sağlanmak istendiği belirtilmiştir. Madde gerekçesinde de¹⁵, benzer ifadeler yer verilmiştir. Madde, gerekçesiyle birlikte değerlendirildiğinde bir yapının konut olarak nitelendirilmesinde, barınma ihtiyacını karşılama, özel hayatı idame ettirme (sürdürme) ve mahrem alan olma unsurlarının esas alındığı söylenebilir.

İİK m.79/a bağlamında kanun koyucunun konut olarak kabul edilecek yerler bakımından herhangi bir sınırlama yapmayıp, gerekçesinde unsurları üzerinde genel bir belirleme yapmış olması, İİK m.79/a kapsamında konut olarak kabul edilebilecek mekanları sınırlamak istemediğini göstermektedir. Dolayısıyla, İİK m.79/a açısından konut olarak nitelendirilebilecek mekanlar barınma ihtiyacını karşılama bakımından, minimum şartlarda bu ihtiyacı karşılamaya elverişli olan¹⁶, taşınır-taşınmaz mekanlar olabileceği gibi toprakla sürekli bağlantısı bulunmayan mekanlar da olabilecektir¹⁷. Yeter ki söz konusu mekân, barınma ihtiyacını karşılamaya yönelik, özel hayatın sürdürülebileceği yeterli mahremiyeti sağlamaya elverişli olsun. Maddenin aksi yönde dar bir yoruma tabi tutulması, düzenlemenin getirilmesindeki amaca ters düşeceği gibi kişilerin barınma hakkına ve özel hayatlarının gizliliğine müdahalenin de kapısını açacaktır.

Bu açıdan konut, insanların kötü hava koşullarından, düşmanlardan, tehlikelerden korunduğu, dinlendiği ve özel hayatını sürdürdüğü, az veya çok kapalı ve güvenli mekanlar olarak ifade edilebilir¹⁸. Kişinin barınmasına elverişli ve sürekli olmasa da yaşamak amacıyla kullandığı çeşitli taşınır ve taşınmaz bölümler konut olarak nitelendirilebilir¹⁹. Dolayısıyla, müstakil bir ev, bir apartman dairesi, mutfak ve banyonun ortak kullanım alanında bulunduğu bir oda konut niteliği taşıyabileceği gibi karavan tarzında

¹¹ ZEVLİLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, B.16, Turhan, Ankara 2016, s.209; GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı (Borçlar) B.4, Filiz, İstanbul 2019, s.188; DOĞAN, Murat: "Kira Sözleşmesi" Borçlar Hukuku Özel Hükümler, B.1, Seçkin, Ankara 2023, s.274; ÖZDOĞAN, Mustafa/OYMAK, Tuba: "Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları Kapsamı ve Uygulama Alanı", İBD, 88(2), 2014, s.56; İPEK, s.61; ÖZKANOGLU, s.24.

¹² Bazı yönetmeliklerde de konut kavramından bahsedildiği görülmektedir. Bunlara örnek olarak, Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik m. 4/e; 2981 Sayılı İmar Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik m. 4/b; Sivil Savunma Kanunu kapsamında çıkarılan Binaların Yangından Korunması Hakkında Yönetmelik m. 4/1/z verilebilir.

¹³ ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, B.9, Yetkin, Ankara 2012, s.222. Ayrıntılı bilgi için bkz., DOĞAN, s.274,275. Bir yapının konut olarak nitelendirilebilmesi açısından, "toprakla sağlam ve sürekli bir bağlantısının olması" gerektiğini belirten görüşler de mevcuttur (ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s.209; GÜMÜŞ, Borçlar, s.188; DOĞAN, s.274; ÖZDOĞAN/OYMAK, s.56).

¹⁴ <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D27/Y6/T2/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/2f675167-40a3-4cee-ab80-423d94ef934a.pdf> (Erişim: 12.04.2023).

¹⁵ <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D27/Y6/T2/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/2f675167-40a3-4cee-ab80-423d94ef934a.pdf> (Erişim: 12.04.2023).

¹⁶ Yargıtay da bu ölçüde bakmak suretiyle ev haczinde haczedilmezliği belirlemektedir: "...Meskeniyet itirazında bulunulan ev mahkemece haczin kaldırılmasına karar verilen 1859 nolu parsel içinde bulunmaktadır. Birlikli raporunda, evin minimum şartlarda barınmayı sağladığı belirtilmektedir. Açıklanan nedenle; ev ile ilgili meskeniyet iddiasının kabulüne karar verilmesi gerekirken, ev ayrı tutularak yazılı şekilde evin barınak olduğu, bir ailenin oturmasına münasip mesken niteliğinde bulunmadığından bahisle meskeniyet iddiasının reddine karar verilmesi isabetsizdir..." Yargıtay 12. HD., 31.01.2005, E.2005/2976, K.2005/6893, Legalbank, (Erişim: 18.04.2023).

¹⁷ Türk Medeni Kanunu'nda aile konutu kavramına yer verilmiş ancak tanımlanmamıştır. Aile konutu, eşlerin evlilik birliğinin devamı sırasında ortak yaşamı sürdürmenin gerekli kıldığı, bir yerde ortak olarak oturma ihtiyacının sürekli olarak karşılanması için seçtikleri, konut olarak kullanılmaya elverişli taşınır ve taşınmaz yerler olarak tanımlanmaktadır (DURAL, Mustafa/ÖGÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Alper: Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Filiz, İstanbul 2005, s.204). Aile konutu, evlilik birliğindeki eşlerin aile yaşamlarının merkezi olarak belirledikleri tek bir konutu ifade etmektedir (DURAL/ÖGÜZ/GÜMÜŞ, s.204; HAVUTÇU, s.41). Bu açıdan, bir ailenin sahip olduğu yazlık, yayla evi, dağ evi gibi "ikincil nitelikli konutlar" aile konutu sayılmamaktadır (DURAL/ÖGÜZ/GÜMÜŞ, s.204, 205; HAVUTÇU, s.41). Dolayısıyla eşlerin, sürekli kalma amacı taşımadıkları, aile yaşamlarının merkezi haline getirmeyi düşünmedikleri, yılın sadece belirli zamanlarında kullanılacak bir yazlık veya dağ evine ilişkin yaptıkları seçim, sadece bir "konut" seçimi olup, bu o yerin Türk Medeni Kanunu uyarınca aile konutu olarak nitelendirilmesine yol açmaz (HAVUTÇU, s.42). Bu tip yerler her ne kadar Türk Medeni Kanunu kapsamında aile konutu olarak nitelendirilmeyecekse de bu durum onların İİK m. 79/a kapsamında "konut" olarak nitelendirilmesine engel olmayacaktır. Zira kanun koyucu maddenin getiriliş amacında herhangi bir sınırlama yapmamıştır.

¹⁸ İPEK, s.61.

¹⁹ ŞİPKA, Şükran: Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, B.2, Beta, İstanbul 2004, s.72; İPEK, s.61. Ayrıca bkz., YILDIRIM, Ali Fuat: Konut Ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Gereksinim Sebebiyle Sona Ermesi, Adalet, Ankara 2022, s.26; SÜMBÜL, s.17.

tekerlekli bir taşı²⁰ veya baraka²¹ türünde bir taşınır yapı da konut olarak adlandırılabilir²². Benzer şekilde, konut olarak kullanılan bir konteyner, sürekli bağlı bulunan tekneler, sabit duran karavanlar, prefabrik ev, bungalov tipi yapılar da konut olarak kabul edilebilir²³. Zira burada bakılması gereken husus, örnek niteliğinde belirttiğimiz bu yerlerin²⁴, barınma ihtiyacını karşılamaya²⁵, özel hayatı sürdürmeye yeterli mahremiyeti sağlayıp sağlamadığıdır²⁶. Bu bağlamda, konutun eklentilerinin de maddenin öngördüğü korumadan ve mahremiyetin sağlanmasından yararlanması gerektiğini düşünüyoruz. Bu açıdan, barınma amacıyla kullanılmayan ve özel hayatın sürdürülmediği²⁷, boş bir mekânın konut olarak nitelendirilmeyeceği de açıktır.

Burada üzerinde durulması gereken diğer bir husus ise, ofis, büro vb. çalışma yerlerinin konut olarak nitelendirilebilir nitelendirilmeyeceği hususudur. Maddenin getiriliş amacı ve gerekçesinde üzerinde durulan hususlar dikkate alındığında bu tip yerlerin konut olarak nitelendirilmeyeceği söylenebilir. Zira, bu tip yerlerin kullanım amacının farklı olması yani barınma ihtiyacını karşılamaya yönelik olmaması ve özel hayatın sürdürülmesi bağlamında yeterli mahremiyeti sağlamaya elverişli olmaması, ofis, büro vb. çalışma yerlerinin İİK m.79/a'nın kapsamına girmesini engelleyecektir. Aksine yapılacak geniş bir yorum, kanun koyucunun maddeyi getirmekteki amacını aşacaktır. Ancak, asıl uygulamada sorun yaratmaya müsait olan husus, home-ofis olarak kullanılan yerler olacaktır. Nitekim bu tip yerler, sadece barınma ve özel hayatın sürdürülmesi için kullanılmakta aynı zamanda iş ve mesleki faaliyetler için de kullanılmaktadır. Home-ofis olarak kullanılan yerler bakımından, ev ve ofis olarak kullanılan mekân net bir şekilde ayrılabilirse, ofis olarak kullanılan kısımda haciz işlemi yapılabilmesi için mahkemeden onay alınmasına gerek olmadığı kanısındayız. Bununla birlikte hem ev hem ofis olarak kullanılan mekân iç içe geçmiş durumdaysa yani net bir şekilde gözle görülür olarak ayrılacak nitelikteyse, özel hayata ve mahremiyete saygı gereğince, mahkemeden onay alınmasının aranması uygun olacaktır.

III. MADDENİN ANAYASAL AÇIDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Konut dokunulmazlığı hakkı, insan hakları alanında uluslararası düzeyde de güvence altına alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.8'e göre, "herkes özel"²⁸ ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir". Sözleşmenin ilgili düzenlemesiyle, özel hayat, aile hayatı, konut dokunulmazlığı ve haberleşmenin gizliliği koruma altına alınmıştır²⁹. Bu bağlamda, konut dokunulmazlığı

²⁰ Türk Ceza Kanunu (TCK) m.116'da düzenlenen konut dokunulmazlığını ihlal suçuyla korunan hukuksal yarar, konuta başkalarının müdahalelerinden uzak olarak huzur ve güven içinde yaşama hakkıdır. Konut dokunulmazlığı hakkı, özel yaşamın gizliliği ve dokunulmazlığı hakkıyla bağlantılıdır (TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, B.20, Seçkin, Ankara 2022, s.589,590; ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAĞSIZ, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, B.17, Seçkin, Ankara 2022, s.449; ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim: Ceza Hukuku Özel Hükümler, B.20, Adalet, Ankara 2022, s.475). Yargıtay, "Sanığın hırsızlık eylemini yakınının yaşam alanı sayılan karavan içinden gerçekleştirildiğinin anlaşılması karşısında sanık hakkında konut dokunulmazlığının ihlali suçundan zamanasını süresi içinde işlem yapılması olanaklı kabul edilmiş, dosya içeriğine göre diğer temyiz itirazları yerinde görülmemiştir. Ancak; sanığın, bina vasfında kabul edilen karavan içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında hırsızlık suçunu işlediğinin anlaşılması karşısında..." demek suretiyle, karavanın da konut olduğuna karar vermiştir. Yargıtay 2. CD., 12.05.2022, E.2020/29439, K.2022/9201, Legalbank, (Erişim: 18.04.2023). İİK m. 79/a'nın kabul edilmesinde de kişilerin temel insani ihtiyaçlarından olan barınma hakkının, özel hayatının ve mahrem alanının korunduğu dikkate alındığında, aslında kanun koyucu İİK m. 79/a'daki düzenlemeyi getirirken de herhangi bir mahkeme kararı olmaksızın kişilerin, konutta başkalarının müdahalelerinden uzak bir şekilde, huzur ve güven içinde yaşama haklarını korumayı amaçlamıştır. Dolayısıyla, karavanda, haciz işlemi yapılabilmesi bakımından, söz konusu karavanın konut olarak kullanıldığının tespiti halinde, İİK m.79/a'daki usul izlenmelidir.

²¹ Yargıtay 12. HD., 31.01.2005, E.2005/2976, K.2005/6893, Legalbank, (Erişim: 18.04.2023).

²² GÜMÜŞ, Borçlar, s.186; DOĞAN, s.274,275. Ayrıca bkz., GÖKYAYLA, s.1217,1218; İPEK, s.61.

²³ GÜMÜŞ, Mustafa Alper: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (Kira), B.2, Vedat, İstanbul 2012, (Kira), s.24; YILDIRIM, s.26,27; GÖKYAYLA, s.1218. İİK bakımından "mesken" kavramına, çardak, kayık, samanlık gibi bireyin dış etkilere karşı sığınacağı ve barınmasını sağlayan mekanların da dahil edilebileceğini belirten bir görüş de bulunmaktadır. Bu görüş için bkz., KİRAZ, Taylan Özgür: "İsviçre Federal Mahkemesinin Bir Kararı Çerçevesinde Takip Hukukunda Şikâyet Eden Taraf Bakımından İlgili Kavramı", Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Turhan, Ankara 2008, s.561,562; AKİL, Cenk: "Yargıtay Kararları Işığında Haline Münasip Evin Haczedilmezliği (Meskeniyet) İddiası (İİK m. 82/12)", AÜHF, 60(4), 2011, s.784,785.

²⁴ Örnek niteliğindeki yerlerde haciz işlemi yapılabilmesi için, icra mahkemesi izninin aranmasının, haciz yapılmasını zorlaştıracığı şeklinde bir eleştiri getirilebilirse de maddenin getiriliş amacı ve korunmak istenen menfaat dikkate alındığında, aksinin kabulü kanun koyucunun abesle işgal ettiği sonucunu doğurmaktadır.

²⁵ Bu yerler, barınma ihtiyacını karşılama amacıyla kullanılmıyorsa, İİK m. 79/a'da getirilen korumadan yararlanmaz. Nitekim Yargıtay da konut dokunulmazlığını ihlal suçu bakımından buna vurgu yapmaktadır. Bkz., Yargıtay 2. CD., 06.04.2021, E.2020/19341, K.2021/7520, Legalbank, (Erişim: 18.04.2023).

²⁶ "...Taşınmazın bağ evi olarak kullanılması ve tapuda bağ olarak gözükmesi İİK. 82. maddesine göre meskeniyet şikâyetinde bulunulmasına engel teşkil etmez. Ayrıca taşınmazın paylı olması dahi payına isabet edecek miktar esas alınarak aynı madde uyarınca meskeniyet şikâyetinin incelenmesine mâni değildir..." Yargıtay 12. HD., 02.10.1996, 10745/11547 (AKİL, s.779, dpn.,15).

²⁷ Boş veya metruk bir mekânda haciz yapılabilmesi amacıyla, söz konusu konuta girilebilmesi için de icra mahkemesinden onay alınması gerekip gerekmediğiyle alakalı Kanun'da herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Bununla birlikte, ilgili hükmün getirilmekteki amacından hareketle yorum yapılmalıdır. Dolayısıyla, düzenlemeyle kişilerin barınma hakkının, özel hayatının ve mahrem alanının korunmasının hedeflendiği dikkate alındığında, içinde yaşanılmayan bir mekânın mahremiyetinden de bahsedilmez. Zaten, mahkeme kararıyla konuta girilmesinin temelinde de konuttaki malların haczedilmesini sağlamak olduğu düşünüldüğün de boş veya metruk bir mekânın konut olarak nitelendirilmesi de mümkün olmayacağından, bu tip bir mekânda haciz işlemi yapılabilmesi için icra mahkemesi kararının aranması gerekmez. Ancak, böyle bir mekâna gelindiğinde buranın konut olduğu iddia edilecek olursa, icra müdürünün bir değerlendirme (tespit) yapması gerekir.

²⁸ Özel hayatı ifade etmek için, mahremiyet kavramı da kullanılmaktadır (SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar: "Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme", GaziÜHF, 17(3), 2013, s.233).

²⁹ TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SANCAKTAR, Oğuz/ÖNOK, Rıfat Murat: İnsan Hakları El Kitabı, B.9, Seçkin, Ankara 2021, s.420; ÖZEKES, s.159; SALİHPAŞAOĞLU, s.236; DURSUN, Gizem: "AİHM Kararları Işığında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı", BAUHFD, 13(167-168), 2018, s.201; YÜCEL DERİCİLER, Özge: "AİHM İçtihatları Çerçevesinde

sadece Anayasa m.21 ile değil aynı zamanda Anayasa 20’de koruma altına alınan özel hayatın gizliliğiyle de ilişkilidir. Zira özel hayatın kapsamına konut dokunulmazlığı da girmektedir. Anayasa m.20’de özel hayatın gizliliği, “herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz” denilerek; Anayasa m.21’de ise konut dokunulmazlığı, “kimsenin konutuna dokunulamaz” ifadesiyle düzenlenmiştir.

Özel hayat hakkının kapsamı oldukça geniş olduğundan, özel hayat kavramına ilişkin kesin bir tanım yapılması zordur. Ancak, özel hayat öğretide³⁰ en kısa şekliyle, kişiye kendi kişiliğini şekillendirme ve geliştirmeye yönelik imkân verilmesi şeklinde tanımlanmıştır. Başka bir tanımda ise, kişinin güven duyduğu kimselerle paylaştığı, diğer kişilerin bilgisinden uzak tuttuğu ve başkaları tarafından öğrenilmesini istemediği “giz alanı” ve kişinin giz alanına dâhil olmayan fakat ailesi, yakınları ve arkadaşları gibi kendisine yakın kişilerle paylaştığı, bunlar dışındaki kişilere gizli kalmasını istediği “özel alanı” da içeren daha geniş bir kavram olarak tanımlanmaktadır.³¹

Bu tanımlar çerçevesinde, özel hayat hakkı, herkesin kendisi, ailesi ve mesleğiyle alakalı olup başkalarının öğrenilmesini istemediği bilgilerin gizliliğini içeren, kişilerin üzeri, eşyası, iletişimi vb. ile ilgili olarak, herkese karşı ileri sürülebilen Anayasa ile güvence altına alınmış mutlak bir haktır³². Özel hayat ve özel hayatın gizliliği mutlak bir hak olduğu için, Devlet de hukuk devleti olmanın bir gereği olarak kişilerin özel hayatını ve gizliliğini korumakla yükümlülüğüdür³³. Devletin bu yükümlülüğü sadece özel hayata yönelik müdahaleleri önlemek olmayıp bunu güvence altına alacak pozitif düzenlemeleri de yapmaktadır³⁴.

Konut hakkı çoğunlukla barınma hakkını ifade etmek için kullanılmakla birlikte, kavram bunun ötesinde bir anlam içermektedir³⁵. Konut hakkı, mülkiyetten ayrı hatta kimi durumda bundan daha geniştir³⁶. Bu bağlamda malik olunmasa bile, herkesin onuruna yaraşır huzur içinde, güvenli bir yerde barınma hakkı bulunmaktadır³⁷. Buna göre, barınma imkânı kira, leasing, kooperatif, afet iskani, geçici yerleşim gibi yollarla da sağlanabilir³⁸. Bu çerçevede Lizbon Anlaşması, konut hakkını temellendirmekte ve bu konuda devletin üç ödevi olduğuna işaret etmektedir: Saygı ödevi, koruma ödevi ve yapma³⁹ ödevidir⁴⁰. Saygı ödevi, devletin birtakım özgürlük, imkân ve iyelik durumlarına müdahaleden kaçınmasını içermektedir. Yaşam hakkının bir uzantısı olan bu hak, negatif statü haklarının öz ve kapsamından kaynaklanan bir güvenceyle koruma görmektedir⁴¹. Devletin konut hakkını koruma ödeviyse, konut hakkına yönelik üçüncü kişilerden gelebilecek müdahalelere karşı koymasını ifade etmektedir⁴². Dolayısıyla devlet, alacağı idari ve hukuki tedbirlerle konut dokunulmazlığı hakkına yönelik yapılacak müdahaleleri engellemelidir.

Anayasa m.20 ve 21’de, özel hayatın ve konut dokunulmazlığının korunmasına yönelik düzenlemeler yapmış ve esas itibarıyla de milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararıyla; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış mercii yazılı emriyle bu temel hak ve özgürlüklere müdahalenin söz konusu olabileceği kabul edilmiştir. Dolayısıyla, kişilerin özel hayatlarına ve konutlarına yapılacak müdahalenin meşru sayılabilmesi için, müdahalenin yasal olması, güdülen amacın meşru olması ve demokratik bir toplumda gerekli olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir⁴³.

İcra hukuku bakımından, özellikle alacaklının hakkını elde etmeye yönelik talebi üzerine, icra

Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Bağlamında Sağlık Hakkının Korunması”, s.373, (38) AİHM İçtihatları Çerçevesinde Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Bağlamında Sağlık Hakkının Korunması | Ozge Yucel Dericiler - Academia.edu (Erişim:18.04.2023). AİHM özel hayatın kapsamını, kişinin kimliğine ilişkin bilgi ve kayıtlar, cinsel hayata ilişkin düzenlemeler ve davranışlar, kişinin ruh bütünlüğüne ilişkin düzenlemeler, bireye ilişkin araç, ev gibi özel yerlerin ve evrakin aranması ve zaptı işlemleri, telefon konuşmalarının dinlenmesi ve kaydı, posta gönderilerinin açılması ve okunması ile kişinin adı, fotoğrafı, namı, şöreti, şerefi, yaşam tarzı, kamuya yanlış tanıtılması gibi hususlar olarak ortaya koymaktadır (GÖZÜBÜYÜK, Şeref/ GÖLCÜKLÜ: Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, B.9, Turhan, Ankara, 2011, s.335; ÇELİK, Yeşim: “Özel Hayatın Gizliliğinin Yansıması Olarak Kişisel Verilerin Korunması ve Bu Bağlamda Unutulma Hakkı”, TAAD, 8(32), 2017, s.394).

³⁰ TEZCAN/ERDEM/SANCAKTAR/ÖNOK, s.420; YÜCEL DERİCİLER, s.374; DURSUN, s.205. Başka bir tanım için bkz., ÇELİK, s.392.

³¹ SALİHPAŞAOĞLU, s.233. Malvarlığı değerleri ve bunlara ilişkin bilgilerin özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirilebilir değerlendirilmeyeceğiyle ilgili henüz bir netlik sağlanmış olmamakla birlikte, öğretide ağırlıklı olarak bunların da özel hayatın bir parçası olduğu ve özel hayatın gizliliğine ilişkin korumadan yararlanması gerektiği belirtilmektedir (ERKAN, Vehbi Umut/ÖZSOY, Rabia: “Bilgi Edinme Hakkı ve Özel Hayatın Gizliliği Çerçevesinde Tapu Sicilinin Açıklığı İlkesi”, AÜHFD, 72(1), 2023, s.109,110).

³² AKTAN, Hamdi Yaver: “Yargı Kararları Işığında Özel Yaşam”, TBB Özel Yaşamın Gizliliği (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşmenin ve Kişisel Verilerin Saklanması) Panel, Ankara 2008, s.12; ÇELİK, s.392.

³³ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.332; ÖZEKES, s.171; ÇELİK, s.392.

³⁴ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.332; TEZCAN/ERDEM/SANCAKTAR/ÖNOK, s.421; ÇELİK, s.394.

³⁵ AKINCI, Müslüm: “Kentsel Dönüşümün Asıl Hedefi Olarak Elverişli Konut Hakkı ve İdarenin Ödevleri” (Kentsel Dönüşüm), LHD, 14(168), 2016, s.6647.

³⁶ AKINCI, Kentsel Dönüşüm, s.6650.

³⁷ AKINCI, Kentsel Dönüşüm, s.6650.

³⁸ AKINCI, Kentsel Dönüşüm, s.6650.

³⁹ Devletin yapma ödeviyse, devletin alacağı yasal, yargısal ve idari tedbirlerle elverişli konut hakkının tam ve etkin bir biçimde kullanılmasını sağlamasıdır (AKINCI, Kentsel Dönüşüm, s.6650).

⁴⁰ AKINCI, Kentsel Dönüşüm, s.6647; KILIÇ, Muharrem: “Konut Hakkının Sosyopolitiği: Sosyal Haklar Sistematiği Açısından Bir Çözümleme” Anayasa Yargısı, 37(2), 2020, s.81.

⁴¹ AKINCI, Kentsel Dönüşüm, s.6649.

⁴² AKINCI, Kentsel Dönüşüm, s.6650; KILIÇ, s.81.

⁴³ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.331,332; DERİCİLER, s.373.

organlarının harekete geçtiği ve gerektiğinde de icra organlarının müdahale edebildiği dikkate alındığında, cebri icra faaliyetinin özünde, zor kullanmayı ve kişilerin korunan özel alanlarına müdahaleyi beraberinde getirmektedir. Konut dokunulmazlığı bakımından Anayasa m.21'in genel olarak ceza hukuku ve idare hukuku bakımından değerlendirilmiş olması ve icra hukuku bakımından çok fazla tartışılmamış olması, ilgili hükmün icra hukukunda da geçerli olmasını engellemez. Zira, cebri icra organı tarafından konutta yapılacak herhangi bir müdahale, küçümsenip göz ardı edilebilecek bir müdahale değildir. Dolayısıyla Anayasa m.21'in korumasına icra hukukunun da girdiği öğretide⁴⁴ bu gerekçelerle haklı olarak belirtilmiştir. Bu bakımdan özellikle Anayasa m.20 ve 21 çerçevesinde, kişilerin özel hayatlarına ve konut dokunulmazlığına yapılacak müdahaleyi meşru kılacak temellerin olması gerekmektedir⁴⁵.

İcra organının, alacaklının alacağına kavuşmasına yönelik müdahalesinin, alacaklının “alacak hakkına” kavuşmasına hizmet ettiği dikkate alındığında, Anayasa m.20/2 ve 21 açısından “başkalarının haklarının” korunmasına yönelik bir müdahale olduğu söylenebilir⁴⁶. Bu müdahalenin kural olarak hâkim kararıyla, gecikmesinde sakınca olan hallerde ise, yetkili kılınan mercinin yazılı emriyle yapılması ve yasal bir temele dayanması, müdahaleyi anayasal açıdan meşrulaştıracaktır.

İİK m.79/a çerçevesinde⁴⁷, kanun koyucu, konutta haciz yapılabilmesini, icra müdürünün haciz talep edilen yerin konut olduğunu tespit etmesi, bu tespitten sonra bu yerde haciz kararı vermesi ve bu kararın da icra mahkemesinin onayına sunulması şartına bağlamıştır. Bu düzenlemeyle icra organı tarafından başkalarının haklarının (alacak hakkının) korunmasına yönelik konutta yapılacak müdahale yasal bir zemine kavuşmuş ve müdahale bağlamında da kural olarak hâkim kararı aranmıştır. Bu açıdan özel hayat ve konut dokunulmazlığı bakımından ilgili düzenleme dikkate alındığında, yapılan değişikliğin Anayasa m.20 ve 21'e uygun olduğu görülecektir. Özellikle kişinin, kişiliğinin gelişmesi ve şekillenmesi için en özel ve mahrem mekân olan konutta huzur içinde yaşaması ve kendini geliştirebilmesi dikkate alındığında, bu alanda yapılacak herhangi bir müdahalenin aslında farklı açılardan en ağır müdahale olarak nitelendirilebileceği ve bu bağlamda, getirilen düzenlemenin yerinde bir düzenleme olduğu söylenebilir.

IV. MADDENİN TAKİP YOLLARI BAKIMINDAN UYGULANMASI

Kanunun sistematigi açısından “konutta haciz” genel haciz yoluyla takip başlığı altında düzenlenmiş, konutta haczin nasıl yapılması gerektiği ve bunun usulüne yer verilmiştir. Maddenin birçok yerinde haciz yapılması talep edilen yer ve haciz yapılması kararının onaylanmasından yani hacizden bahsedilmiş olması ve maddenin düzenleniş yeri itibarıyla genel haciz yoluyla takip kısmında yer alması, hükmün uygulama alanı bulacağı takip yolları bakımından ayrıca bir değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir⁴⁸.

Takip türleri bakımından yapılan temel ayırım, icra yolları (cüzi icra) ve iflâs yolları (küllî icra) şeklindedir⁴⁹. İcra yolları, kendi içerisinde ilâmlı icra, ilâmsız icra ve rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip; iflâs yollarıysa takipli ve takipsiz iflâs olmak üzere ayrılmaktadır.

İlâmlı icraya, alacaklının borçlusuna karşı almış olduğu bir ilâm veya ilâm niteliğinde bir belgeye dayalı olarak bu takip yoluna başvurulması gerekmektedir. Bu noktada ilâmın konusunun para veya paradan başka bir şey olabileme ihtimali bulunduğundan, konu bu açıdan ayrı ayrı değerlendirilmelidir. İlâm veya ilâm niteliğindeki belgeye bağlı para alacağı için takip başlatılır ve borçlu ilâmın gereğini yerine getirmese, alacaklının borçlunun mallarının haczedilmesini istemesi üzerine, icra müdürünün konutta haciz işlemi gerçekleştirebilmesi için, İİK m.41'deki yollama gereğince, İİK m.79/a'yı uygulaması gerekir.

İlâm veya ilâm niteliğinde belgeye bağlı alacak para dışında bir şeye ilişkin olup takibe konu yapılan alacak, icra emrine rağmen yerine getirilmezse, bu halde, takibe konu yapılan şeyin konutta olduğunun anlaşılması halinde, yine İİK m.41'den hareketle, İİK m.79/a'ya göre işlem yapılmalıdır. Dolayısıyla, para veya para dışındaki ilâmların icrasında ilâma konu şeyin konuttan alınabilmesi veya konutta haciz işlemi yapılabilmesi, icra mahkemesinin onayına bağlıdır. Zira maddenin getiriliş amacının özel hayatı ve konuttaki mahrem alanı korumak olduğu dikkate alındığında, bu korumanın sadece haciz işlemiyle sınırlı tutulmaması gerekmektedir. Bu halde, ilâma dayalı takibin temelinde esas itibarıyla bir mahkeme kararının bulunduğu, bu sebeple ayrıca İİK m.79/a'nın uygulanmayacağı ve icra mahkemesinden onay alınmasının gerekmediği söylenebilirse de takibin dayanağını oluşturan mahkeme kararının sadece alacağı/belli bir şeyin teslimine ilişkin olduğu, bu sebeple borçlunun özel hayatına ve konutuna müdahaleye yönelik olmadığı unutulmamalıdır⁵⁰. Bununla birlikte, bilhassa aile konutunda bulunan eşlere ait eşyaların eşler arasında paylaşımı ve kişisel eşyaların teslimine ilişkin bir ilâm varsa, bu durumda konutta icra işleminin uygulanması için icra mahkemesinden onay alınmasına gerek yoktur. Nitekim takibin dayanağını oluşturan mahkeme

⁴⁴ PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.22; ÖZEKES, s.169; ÇİFTÇİ, Pınar: İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Adalet, Ankara 2010, s.103,104.

⁴⁵ İcra memurunun zor kullanma yetkisinin, özel hayata müdahale bağlamında Anayasa'ya uygunluğu için bkz., PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.22; ÖZEKES, s.160-167.

⁴⁶ ÖZEKES, s.161.

⁴⁷ İİK m.79/a'daki düzenleme öncesinde, konutta haciz için mahkeme kararının aranmaması eleştirilmekteydi (PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.22; ÖZEKES, s.162-164).

⁴⁸ Belli takip yolları bakımından genel haciz yoluyla takibe ilişkin hükümlere açık atıf yapılmaktadır. Başlık altında açık atıf yapılan hususlara ayrıca yer verilmiştir.

⁴⁹ KURU, Baki: İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, B.2, Adalet, Ankara 2013, s.51-55; ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYZAZ, Sema/HANAĞASI, Emel: İcra ve İflâs Hukuku, B.8, Yetkin, Ankara 2022, s.44; PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.7; ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin: İcra ve İflâs Hukuku, B.6, Yetkin, Ankara 2022, s.19; GÖRGÜN, Şanal/BÖRÜ, Levent/KODAKOĞLU, Mehmet: İcra ve İflâs Hukuku, B.3, Yetkin, Ankara 2022, s.4.

⁵⁰ ÖZEKES, s.163.

ilâmı özünde zaten konutta müdahaleyi de barındırmaktadır.

İlâmlı icrada İİK m.79/a'nın uygulanması bakımından ilâmın konusunu konutun tahliyesinin oluşturması halinde bir ayırım yapılması gerekmektedir. Zira, kanun koyucunun ilgili hükmü kabul etmekteki esas amacı, belli bir alacakla alakalı olarak konuta girilmesini ve bu bakımdan özel hayatın ve konut dokunulmazlığının belli bir hâkim güvencesine bağlanmak istenmesidir. Bu açıdan, ilâmın konusunun bizatihi konutun tahliyesi olması durumunda, zaten tahliye kararı konutta müdahaleyi ve bu bağlamda özel hayata ve konut dokunulmazlığına müdahaleyi özünde barındırdığından, ayrıca konut tahliyesine ilişkin ilâmın icrası için İİK m.79/a'nın uygulanmaması gerektiği kanısındayız. Aksinin kabulü tahliye sürecini uzatacağı gibi hükmün getiriliş amacına aykırı olarak uygulanmasının yolunu da açacaktır.

İlâmsız icradaysa, esas itibarıyla, para ve teminat alacakları bakımından takip yapılabildiği dikkate alındığında, borçlunun borcunu yerine getirmemesi sebebiyle haciz işlemi yapılması gündeme geldiğinde, haczin yapılacağı yerin konut olması halinde İİK m.79/a uygulama alanı bulur. Ancak ilâmsız icrada İİK m.79/a'nın uygulanması açısından, taşınmazların ilâmsız tahliyesi bakımından ayrı bir durumun gündeme gelmesi mümkündür. Bu açıdan, kira bedelinin ödenmemesine dayanan ilâmsız tahliye konuta ilişkin başlatılmışsa, borçlu ödeme emrine itiraz etmez ve ödeme süresi içinde de kira borcunu ödemezse, alacaklı ihtar süresinin bitiminden itibaren süresi içinde icra mahkemesinden kiracının tahliyesine karar verilmesini istemelidir (İİK m.269/a). Süresi içinde tahliye talep edilir ve icra mahkemesi tahliyeyle ilgili şartların gerçekleştiği kanısına varırsa, tahliye kararı verir. Tahliye kararı konutta müdahaleyi ve bu bağlamda özel hayata ve konut dokunulmazlığına müdahaleyi de özünde barındırdığı için, tahliyeye gidildiğinde ödenmeyen kira bedeli bakımından konutta haciz yapılması da mümkün hale gelir. Dolayısıyla bu durumda, tahliye edilecek konutta ödenmeyen kira bedeli bakımından haciz yapılabilmesi için, ayrıca İİK m.79/a'nın uygulanmasında hukuki yarar bulunmadığı kanısındayız. Ancak, tahliyenin İİK m.269/a'ya göre talep edilebilmesi için kanun koyucu ihtar süresinin bitiminden itibaren altı ay içinde başvuru yapılmasını öngördüğünden, alacaklı, icra mahkemesinden tahliye talep etmeden önce ödenmeyen kira bedeli için borçlunun mallarının haczedilmesini istemişse, konutta haciz işlemi gerçekleştirilmesi gündeme gelecek ve bu durumda İİK m.79/a'daki usulün izlenmesi gerekecektir. Zira bu aşamada henüz, icra mahkemesinin vermiş olduğu bir tahliye kararı bulunmadığı için, borçlunun İİK m.79/a'daki özel hayat ve konut dokunulmazlığına ilişkin korumadan yararlanmasını engelleyen bir durum yoktur. Zira bu halde henüz icra mahkemesi tarafından verilmiş bir tahliye kararı bulunmamaktadır.

Kira bedelinin ödenmemesine dayanan ilâmsız tahliye konuta ilişkin başlatılmış olması halinde, başlatılan takiple alakalı diğer bir olasılıksa, borçlunun süresi içinde itiraz etmiş olması ihtimalidir. Süresinde yapılan böyle bir itiraz takibi durduracağı için (İİK m.269/III), alacaklı itirazın kendisine tebliğinden itibaren altı ay içinde icra mahkemesinden kiracının itirazının kaldırılmasını ve taşınmazın tahliye edilmesini talep etmelidir. Bu şekilde kendisine başvurulmuş icra mahkemesi, borçlunun itirazının kaldırılmasına ve taşınmazın tahliyesine karar verirse, alacaklı kira alacağı için borçlunun mallarının haczedilmesini isteme yetkisine kavuşmuş olur. Bu durumda zaten icra mahkemesi konutun tahliyesine karar verdiğinden, ilgili konutta kira alacağıyla alakalı haciz işlemi yapılabilmesi için, ayrıca İİK m.79/a'nın uygulanmayacağı kanısındayız. Nitekim bu halde, icra mahkemesinin tahliye kararı zaten konuta müdahaleyi de barındırmaktadır.

Kira süresinin bitmesine dayanan taşınmazın ilâmsız tahliyesi bakımından, ayrıca konutta haciz işlemi yapılmasını gerektiren bir durum söz konusu olmadığından, İİK m.79/a'nın uygulanması gündeme gelmez.

Rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip, taşınır rehlinin paraya çevrilmesi ve ipoteğin paraya çevrilmesi biçiminde öngörülmüştür. Rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takipte, alacaklı rehlin malın satış bedelinden tatmin edileceğinden, bu takip yolunda haciz aşaması bulunmamaktadır⁵¹. Bu açıdan İİK m.79/a'nın uygulanmayacağı söylenebilir de rehlin konusunun taşınır olması bakımından bilhassa Türk Medeni Kanunu m.940/II uyarınca teslimsiz rehlin kurulabildiği durumlar açısından bir ayırım yapılması uygundur. Zira teslimsiz rehlin kurulabildiği ihtimallerde, borçlu borcu ödemez ve takip kesinleşirse, bu halde mal hâlâ borçlunun elinde olacağından, rehlin malın paraya çevrilebilmesi için, taşınırın icra dairesine teslim edilmesi gerekmektedir. Borçlu malı icra dairesine teslimden kaçırırsa, icra dairesinin satışı gerçekleştirebilmesi öncelikle mala el koymasına bağlıdır. Bu durumda, rehin konusu mal konutta bulunmaktaysa, icra dairesi tarafından konuta girilip mala el konulabilmesi için İİK m.79/a'daki usul izlenmelidir. Örneğin trafik siciline kayıtlı bir taşıtın Türk Medeni Kanunu m.940/II uyarınca, zilyetlik devredilmeden üzerinde rehin tesis edilmesi ve taşınır rehlinin paraya çevrilmesi yoluyla takibe konu yapılması halinde, borç ödenmez ve takip kesinleşecek olursa, rehne konu mal hâlâ borçlunun zilyetliğinde bulunduğundan, konutunun garajında bulunan araca icra dairesi tarafından el konulması gündeme gelebilir. Bu durumda, garaj konutun eklentisi olarak sayılacağından, İİK m.79/a uygulanmalıdır.

7155 Sayılı Kanun çerçevesinde, abonelik sözleşmesinden kaynaklanan para alacaklarına ilişkin başlatılan takipler bakımından ise, kanun koyucu, takibin haciz aşamasına kadar yürütülmesine ilişkin usul ve esasları düzenlediğinden (m.1) ve takibin kesinleşmesinden sonraki aşamalarda İİK'nun hükümleri uygulanacağından (m.9), abonelik sözleşmesinden kaynaklanan para alacaklarına ilişkin başlatılan takipte haciz işlemi gerçekleştirilecek yerin konut olması halinde, İİK m.79/a uygulama alanı bulur.

⁵¹ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYYAZ/HANAĞASI, s.532; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.332; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.467.

İflâs yolları (takipli iflâs ve takipsiz iflâs) açısından konu ele alındığında, ilk etapta İİK m.79/a'nın uygulanmayacağı düşünülebilirse de iflâs kararının verilmesi üzerine müflisin iflâs masasına girecek mal, alacak ve haklarının iflâs dairesi/idaresi tarafından tespiti, kayıt ve muhafaza altına alınabilmesi (İİK m.208, 210) için borçlunun konutuna girilmesi gerekebilir. İşte böyle bir durumda, müflisin özel hayatının ve mahrem alanının korunmasını ve konutunda başkalarının müdahalelerinden uzak bir şekilde huzur ve güven içinde yaşamasını temin etmek için İİK m.79/a'nın uygulanması gerektiği kanısındayız. Zira hükmün getiriliş amacı da bunu gerektirmektedir. Burada zaten asliye ticaret mahkemesince bir iflâs kararı verildiği ileri sürülebilirse de mahkemenin verdiği kararın özünde konutta müdahaleyi içermediği bir gerçektir⁵². Bu noktada, konutta iflâs masasıyla alakalı gerekli işlemlerin yapılabilmesi için, İİK m.79/a uygulanmalıdır. İİK m.79/a'nın uygulanması sonucu, iflâs dairesi/idaresi tarafından konutta gerekli olan masaya girecek mal, alacak ve hakların tespiti, kaydı ve muhafazasının yapılabilmesi için, iflâs dairesi/idaresi icra mahkemesinden onay almalıdır. Bu noktada asliye ticaret mahkemesinin konuta girilerek gerekli işlemlerin yapılması için onay mercii işlevi görmesinin daha pratik olacağı bir gerçekse de mahkemelerin görevinin kanunla belirleniyor olması ve ilgili hükmün açık bir şekilde bu görevi icra mahkemesine bırakmış olması karşısında böyle bir yorum yapılması söz konusu olmayacaktır.

V. KONUTTA HACZİN UYGULANMASI USULÜ

A. İcra Müdürünün Konutta Haciz Kararı Vermesi

İİK m.79/a'da, "icra müdürü, haciz yapılması talep edilen yerin konut olduğunu tespit ederse, bu yerde haciz yapılmasına karar verir ve bu kararı derhal icra mahkemesinin onayına sunar" düzenlemesi yapılmıştır. Bu düzenleme icra müdürüne, haciz talep edilen yerin konut olup olmadığının tespitine ilişkin araştırma görevi yüklemektedir. Nitekim, bunun icra müdürünün görevi olduğu, maddenin gerekçesinde de açıkça belirtilmiştir.

Maddede icra müdürünün haciz yapılacak yerin konut olduğunu tespit etmesinden bahsedilmiş olmakla birlikte, bu tespit nasıl yapılacağı belirtilmemiştir. Bu bakımdan ilk akla gelen, alacaklının haciz talep ederken, bu yerin konut olduğunu bildirmesidir. Alacaklı tarafından yapılacak böyle bir bildirim, zamandan ve masraftan tasarruf edilmesini sağlayacağından takip ekonomisi ilkesine⁵³ de uygun olacaktır. Ancak haciz talebinde bulunulurken, alacaklı tarafından bu yerin konut olduğunun bildirilmemiş olması, haciz talebinin geçersizliği sonucunu doğurmaz. Zira haciz talep edilen yerin konut olup olmadığını tespit etmek, icra müdürünün görevidir. Alacaklı tarafından böyle bir bildirim yapılmış olsun veya olmasın icra müdürü alacaklıdan açıklama talep edebileceği gibi zaten görevi dahilinde, Merkezi Nüfus İdaresi Sistemi üzerinden gerekli araştırmayı yapmak suretiyle de söz konusu tespiti yapabilir. Bu açıdan, haciz talep edilen yerle ilgili, gerekli bildirim alacaklı tarafından yapılmış dahi olsa icra müdürüne araştırma yükümlülüğü getirildiği söylenebilir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesi bakımından icra müdürünün mahalinde soruşturma yapması akla gelebilirse de iş yükünün fazlalığı ve haciz işlemi için İİK m.79'daki üç günlük süre dikkate alındığında, soruşturma yapmanın icra dairelerine önemli bir külfet yükleyeceği de bir gerçektir.

Diğer bir hususta, bu tespit hangi yer icra dairesi tarafından yapılacağıdır. Nitekim bu tespit hangi yer icra dairesi tarafından yapılacağıyla alakalı maddede bir açıklık bulunmamaktadır. Esas itibarıyla, haciz bakımından icra takibinin yapıldığı yer icra dairesi yetkilidir ve bu yetkisini yalnız kendi yetki çevresi içinde kullanabilir⁵⁴. Dolayısıyla, haczin yapılacağı konut, takibin yapıldığı yer icra dairesinin yetki çevresi içinde yer alıyorsa, gerekli tespiti yapma görevi de ona aittir. Bununla birlikte, haczin yapılacağı yer, takibin yapıldığı yer icra dairesinin yetki çevresi dışındaysa, takibin yapıldığı yer icra dairesi o yerde işlem yapamayacak ve o yerin bulunduğu icra dairesinin istinabe edilmesi gerekecektir (İİK m.79/II). Böyle bir durumda, İİK m.79/a'nın öngördüğü tespiti hangi yer icra dairesinin yapacağı uygulamada sorun yaratabilir. Örneğin esas dosyanın Eskişehir'de olduğu bir takipte, haciz talep edilmiş ve haciz talep edilen yerlerden birisinin de Antalya'da bulunan bir yazlık olması ihtimalinde, haciz talep edilen yerin konut olup olmadığını hangi yer icra dairesinin tespit edeceği tartışılabilir. Burada haciz talebi, takibin yapıldığı yer icra dairesine yapılacak olmakla birlikte, yetki çevresi dışında haciz işlemi ve bu bağlamda haciz talep edilen yerin konut olup olmadığını tespit etme görevinin istinabe olunan yer icra dairesinin görevi olduğu kanısındayız. Dolayısıyla verdiğimiz örnek bağlamında, istinabe olunan Antalya icra dairesi, haczi talep edilen yerin konut olup olmadığını belirlemelidir.

İcra müdürü, yaptığı değerlendirme sonucunda haciz talep edilen yerin konut olduğu kanısına varırsa, o yerde haciz yapılması kararı verir⁵⁵ ve bunun onaylanması için icra mahkemesine kararı derhal gönderir. Konut olmadığı kararı vermesi halindeyse, herhangi bir onaya gerek kalmadan gerekli haciz işlemi yerine getirir⁵⁶. Ancak haciz işlemi gerçekleştirilirken İİK m.79/a'nın III. fıkrası hükmü saklıdır.

⁵² Benzer bir yaklaşım için bkz. ÖZEKES, s.163.

⁵³ Takip ekonomisi ilkesi, takibin ve icra faaliyetinin mümkün olduğunca kısa, basit ve ucuz bir şekilde sonuçlandırılmasını ifade etmektedir (PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.27; KÖKSOY, Mesut: "Hukuki Güvenlik İlkesi Açısından Takip Ekonomisi", GÜHFD, 20(3), 2016, s.55.

⁵⁴ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.299; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.164; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.189.

⁵⁵ İcra müdürünün, "o yerde haciz yapılması kararı" vermesi, hazırlayıcı işlem niteliğindedir. Nitekim cebri icra sürecinin temel aşamalarına tekabül eden asli takip işlemi niteliğindeki icra dairesi kararına ilişkin hazırlık işlemleri, hazırlayıcı işlemler olarak tanımlanmaktadır (ÇELİKOĞLU, Cengiz Topel: İcra Dairesi Kararı, Ekin, Bursa 2017, s.141; ARSLAN, Aziz Serkan: İcra Takip İşlemleri, Yetkin, Ankara 2018, s.90).

⁵⁶ Bununla birlikte, icra müdürünün haciz talep edilen yerin konut olmadığı yönündeki kararı, tespit edici niteliktedir. Tespit edici icra kararı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., ÇELİKOĞLU, s.131. Tespit edici nitelikteki kararlar, tarafların menfaatlerini

İcra müdürünün birinci fıkraya çerçevesinde haciz yapılacak yeri yanlış değerlendirerek konut olmadığına karar vermesi veya buna ilişkin herhangi bir değerlendirme yapmadan hacze gitmesi de söz konusu olabilir. İcra müdürünün yanlış değerlendirmesine karşı, kanun koyucu, özel hayat ve konut dokunulmazlığına yönelik ihlali önleme bakımından İİK m.79/a'nın III. f.'nda bir koruma mekanizması daha öngörmüştür⁵⁷. Bu ihtimal, konut olmadığı kabul edilen bir yerle ilgili verilen haciz kararı üzerine yapılan haciz işlemi sırasında, bu yerin konut olduğunun anlaşılmasıdır.

Buna göre,

“konut olmadığı kabul edilen bir yerle ilgili verilen haciz kararı üzerine yapılan haciz işlemi sırasında, bu yerin konut olduğu anlaşılır ve borçlu da haczin yapılmasına rıza göstermez ise haciz işlemine son verilir ve müteakip işlemler hakkında birinci ve ikinci fıkraya hükümleri uygulanır”.

Dolayısıyla haciz sırasında, hacze konu yerin konut olduğu anlaşılırsa, icra müdürü, bu yerde haciz yapabilmek için, öncelikle borçlunun rızasını aramalıdır. Borçlu konutunda haciz yapılmasına rıza gösterirse, ancak bu halde icra müdürü hacze devam edebilir. Mamafih, icra müdürünün söz konusu rızayı nasıl alacağıyla alakalı kanunda herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. İcra müdürünün borçluyu “konutta haczin kural olarak, icra mahkemesinin onayıyla gerçekleştirilebileceği, ancak kendisinin rıza göstermesi halinde de haciz işlemine devam edilebileceği” hususunda tam bir bilgi vermesinin ve bunu tutanak altına almasının gerektiği kanısındayız⁵⁸. Bu bakımdan İİK m.79/a'nın getiriliş amacı ve maddenin korumayı hedeflediği özel hayat ve konut dokunulmazlığının temel haklardan olması dikkate alındığında, icra müdürüne, tam bir aydınlatma ödevinin yüklendiği söylenebilir. Borçlu, söz konusu aydınlatmadan sonra konutunda haciz yapılmasına rıza gösterecek olursa, hacze devam edilir; aksi halde, haciz işlemine son verilerek birinci ve ikinci fıkradaki usul uygulanarak icra mahkemesinin onayı alınmak suretiyle, bu yerde haciz yapılır. İcra müdürü haciz tutanağına bu yerin konut olduğunu yazmalı, gerekli aydınlatmanın yapılmasına rağmen borçlunun konutta haciz yapılmasına rıza göstermediğinin tutanak altına alınması uygun olur. Zira bu şekilde düzenlenen tutanak, ikinci fıkraya çerçevesinde icra mahkemesinin onay kararı vermesi incelemesinde kullanılabilir.

B. İcra Mahkemesinin İncelemesi ve Kararı

İcra müdürü, haciz talep edilen yerin konut olduğunu tespit ettikten sonra, o yerde haciz yapılması kararını verir⁵⁹ ve bu kararı derhal icra mahkemesinin onayına sunar. Onay kararını verecek olan icra mahkemesi, konutta haciz kararını veren icra dairesinin bulunduğu yerdeki icra mahkemesidir. İstinabe suretiyle haczi talep edilen yerin konut olduğu istinabe olunan icra dairesi tarafından tespit edileceğinden, onay kararını da istinabe olunan yer⁶⁰ icra mahkemesinin vermesi gerekir⁶¹.

İİK m.79/a'nın II. f.'sı şu şekildedir:

“Mahkeme dosyanın tevdi edildiği tarihten itibaren en geç üç gün içinde dosya üzerinden yapacağı inceleme sonunda haciz yapılması talep edilen yerin konut olduğunun anlaşılması halinde kararın onaylanmasına kesin olarak karar verir. Bu kararın icra dairesine bildirilmesi üzerine haciz işlemleri yapılır”.

Madde icra mahkemesinin incelemesini üç gün içinde yapıp karara bağlayacağını düzenlemektedir ve, süre cebri icra organı için konulmuş bir süre olduğundan, düzenleyici niteliktedir⁶² ve bundan dolayı üç günlük süreden sonra karar verilmiş olsa bile geçerli bir kararın sonuçlarını doğurur⁶³. İcra mahkemesi, bu incelemeyi dosya üzerinden yapar. Mahkemenin incelemeyi nasıl yapacağı, hangi delillere başvurmak suretiyle bu incelemenin gerçekleştirileceğiyle alakalı hükümde herhangi bir düzenleme yoktur. Bununla birlikte, İİK m.79/a'nın III. f.'da “Mahkemenin onaylama kararı üzerine hacze gidilen yerin konut olmadığına anlaşılması halinde hacze devam olunur” düzenlemesi, mahkemenin kararının aksinin mümkün olabileceğini ve bu çerçevede yaptığı incelemenin kapsamlı bir inceleme olmadığını göstermektedir. Dolayısıyla mahkemenin yapacağı inceleme bağlamında, tarafların sunmuş olduğu bilgi ve belgeleri incelemek suretiyle karar vermesi gerektiği söylenebilir.

etkileyebilir ve dolayısıyla, bunlardan borçlunun hukuki durumunu aleyhe etkileyenler, şikâyet konu yapılabilir (ÇELİKOĞLU, s.131). Bu bağlamda icra müdürünün haciz talep edilen yerin konut olmadığına ilişkin kararı, borçlunun konutunda müdahaleyi beraberinde getirdiğinden ve borçlunun hukuki durumunu etkilediğinden, bu karara karşı, şikâyet yoluna başvurulabilir. Şikâyet sebebiyle, kamu düzenine aykırılık olmalıdır.

⁵⁷ İİK m. 79/a'nın III. f.'ndaki koruma mekanizması öngörülmemiş olsaydı bile, borçlu şikâyet yoluna başvurmak suretiyle, icra müdürünün işlemi denetletirebilirdi. Ancak kanun koyucunun bu konuda herhangi bir tereddüt yaşanmasının önüne geçmek amacıyla, ilgili düzenlemeye maddede yer verdiği söylenebilir.

⁵⁸ Bilhassa haciz işleminden sonra, borçlunun hakkını kötüye kullanmak suretiyle, kendisinin aydınlatılmadığı ve konutta haciz yapılmasına rıza göstermediği iddiasıyla yapacağı herhangi bir şikâyet başvurusunun önüne geçmek ve konutta yapılmış olan haczin sıhhatini temin etme amacıyla, borçluya tam aydınlatma yapıldığının imzası alınmak suretiyle tutanak altına alınması uygun olur.

⁵⁹ Zira icra müdürünün verdiği bu karar hazırlayıcı işlem niteliğinde bir karardır. Hazırlayıcı işlem niteliğindeki kararlarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., ÇELİKOĞLU, s.141-143.

⁶⁰ İstinabe yoluyla yapılan haciz işlemlerine karşı şikâyet yoluna başvuru bakımından yetkili icra mahkemesinin istinabe olunan yer icra mahkemesi olduğuna ilişkin bkz., ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.300; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.164; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.190.

⁶¹ Ancak uygulamada bununla alakalı Yargıtay'ın kabul ettiği haczin, nokta haczi mi yoksa talimat haczi mi olduğundan hareketle, onayı verecek olan icra mahkemesinin belirlenmesi yolunun tercih edilmesi kuvvetle muhtemeldir.

⁶² KURU, s.143; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.126; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.79; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.70; GÖRGÜN/BÖRÜ/KODAKOĞLU, s.45.

⁶³ Bununla birlikte, süresi içinde icra mahkemesi gerekli incelemeyi yapıp karar vermez ve burada geçen süre içinde borçlu malları kaçırarak olursa, hâkimin geç karar vermiş olması sebebiyle HMK m. 46'daki sorumluluk gündeme gelebilir.

İcra mahkemesi yapacağı inceleme sonucunda haciz yapılması talep edilen yerin konut olduğu kanaatine varırsa, kararın onaylanmasına kesin olarak karar verir. Dolayısıyla onaylama kararına karşı kanun yollarına başvurulamaz. Anayasayla güvence altına alınmış olan temel haklara yapılacak böyle bir müdahaleyle alakalı başvuru yollarının kapatılmış olması eleştiriye açık olmakla birlikte⁶⁴, kanun koyucunun alacaklının mülkiyet hakkını (alacak hakkını) korumak üzere konutta haciz işlemi yapılması sürecini daha fazla uzatmak istemediğini göstermektedir.

Onay kararının gerekçesinde, o yerin hangi inceleme sonucunda konut olduğuna karar verildiği gerekçesiyle belirtildikten sonra, “belirtilen adreste haciz yapılması uygun bulunmuştur” şeklinde bir ifade yeterlidir. Mahkemenin kesin olarak verdiği onay kararının icra dairesine bildirmesinden sonra, konutta haciz yapılabilir. Mahkemenin verdiği bu onay kararının, esas itibarıyla belirtilen adreste bir defaya mahsus müdahalede bulunulmasına ilişkin olduğunun kabulü gerekir. Nitekim maddenin getiriliş amacı da bunu gerektirmektedir. Dolayısıyla mahkemeden alınan onay kararına dayanarak, aynı konuta birden fazla defa haciz için girilmesi, kişilerin konutlarında başkalarının müdahalelerinden uzak bir şekilde huzur ve güven içinde yaşama haklarının ihlali sonucunu doğurur.

Mahkemenin verdiği onay kararı, aynı takip bakımından yapılacak tamamlama haczi veya ilave haciz bakımından yahut da başka bir takipte herhangi bir bağlayıcılığa sahip olmaz. Ancak daha önceden verilmiş onaylama kararının veya konut olmadığına ilişkin kaldırma kararının, yeni talep edilen/edilecek onaylama kararı bağlamında takdiri delil olarak kullanılması mümkün olmakla birlikte, mahkeme açısından bağlayıcılığı yoktur. Bununla birlikte bunun tek başına yeterli görülmemesi, başka hususlarla da desteklenmesinin aranması uygun olur. Bilhassa, aradan belli bir zaman geçmiş olması ihtimalinde, konut olduğuna ilişkin onaylama/olmadığına ilişkin kaldırma kararının tespit ettiği husus bağlamında, o yerin kullanım şeklinin değişmesi hayatın olağan akışı içinde mümkündür.

İİK m.79/a II. f.’ya göre, haciz yapılması talep edilen yerin konut olmadığına anlaşıldığında, mahkeme, konutta haciz yapılmasına dair kararı kesin olarak kaldırır. Burada kaldırılacak olan karar, İİK m.79/a’nın I. f.’sı çerçevesinde icra müdürünün bu yerde haciz yapılmasına dair verdiği karardır. Dolayısıyla bu kararlar, haciz yapılmak istenen yerin “konut olmadığı” tespit edilmekte ve o yerde haciz işlemi yapılabilir hale gelmektedir. Mahkemenin kaldırmaya ilişkin verdiği karar, kesin olduğundan, bu karara karşı başvurulabilecek bir kanun yolu bulunmamaktadır. Kaldırma kararının icra dairesine bildirilmesi üzerine icra müdürü, mevcut haciz talebi hakkında yeniden karar verir.

İİK m.79/a’nın III. f.’da “Mahkemenin onaylama kararı üzerine hacze gidilen yerin konut olmadığına anlaşıldığında hacze devam olunur” düzenlemesine gerek olmadığı kanısındayız. Nitekim, konut dışındaki yerler bakımından, Kanun’da haciz işleminin yapılabilmesi bağlamında öncesinde mahkemeden onay alınması gerekmediğinden, mahkemenin onaylama kararı üzerine hacze gidilen yerin konut olmadığına anlaşıldığına haczi engelleyen bir durum yaratmayacağı da açıktır. Bununla birlikte, İİK m.79/a hükmünün uygulanmasıyla alakalı uygulamada yaşanabilecek tereddütlerin önüne geçme amacıyla ilgili hükmün öngörüldüğü söylenebilir.

İİK m.79/a’nın III. f.’da,

“ancak konut olmadığı kabul edilen bir yerle ilgili verilen haciz kararı üzerine yapılan haciz işlemi sırasında, bu yerin konut olduğu anlaşılır ve borçlu da haczin yapılmasına rıza göstermez ise haciz işlemine son verilir ve müteakip işlemler hakkında birinci ve ikinci fıkra hükümleri uygulanır”

düzenlemesi yer almaktadır. Maddede belirtilen “konut olmadığı kabul edilen” ifadesindeki “kabul” iradesini kimin açıkladığı yani icra müdürünün mü yoksa icra mahkemesinin mi bu yerin konut olmadığına ilişkin karar verdiği, madde metninden anlaşılamamaktadır. Madde ilk okunuş itibarıyla, burada sadece I. f. çerçevesinde, icra müdürünün bu yöndeki beyanı şeklinde anlaşılmasına müsaitse de bu şekilde daraltıcı bir yorum yapılmaması uygun olur. Bu bakımdan, “konut olmadığı kabul edilen” ifadesinin kapsamına, II. f. uyarınca, icra mahkemesinin “icra müdürünün konutta haciz yapılmasına dair kararı kaldırmak” suretiyle, bu yerin konut olmadığını tespitine ilişkin kararının da girmesi gerektiği kanısındayız. Bu bağlamda, kaldırma kararı haczin yapılacağı yerin konut olmadığını tespit etmekle birlikte, mahkemenin eksik veya hatalı kaldırma kararı vermiş olmasına dayalı olarak söz konusu yere gidildiğinde, bu yerin konut olduğunun anlaşılması ihtimal dahilindedir. Hal böyle olunca, İİK m.79/a’nın III. f.’nin kaldırma kararı bakımından da maddenin bir bütün olarak getiriliş amacı ve özel hayat ile konut dokunulmazlığının temin edilmesi bağlamında uygulanması gerekir. Dolayısıyla, icra müdürü ilk önce borçlunun rızasını aramalı, rıza verilmezse, I. ve II. f.’yi uygulamalıdır. Burada icra mahkemesinin kaldırma kararını kesin olarak verdiği ve İİK m.79/a’nın III. f.’nin uygulanmayacağı bir görüş olarak ileri sürülebilirse de o yerin konut olduğuna ilişkin fiili gerçeklik dikkate alındığında mahkemenin hatalı ve/veya eksik tespitinin, hayatın olağan akışı içerisinde madde metninin uygulanmasını engellemeyeceği kanısındayız. Bu bağlamda, icra mahkemesinin verdiği kararın kesin olduğu belirtilse de buradaki kesinlik, şekli anlamda olup, maddi anlamda kesin hüküm niteliği taşımadığının kabulü gerekir.

Maddenin, bu haliyle icra işleminin amacından uzaklaşmasına ve icra hukukundaki menfaat dengesinin alacaklı aleyhine bozulmasına sebebiyet verdiği kanun teklifinin muhalefet şeklinde

⁶⁴ İİK m. 79/a’daki düzenlemeyle herhangi bir mahkeme kararı olmaksızın kişilerin konutlarında başkalarının müdahalelerinden uzak bir şekilde huzur ve güven içinde yaşama haklarının korunması ve bu açıdan konutta yapılacak hacizler bağlamında, özel hayata ve özellikle konut mahremiyetine müdahalenin hâkim teminatına bağlandığı söylenebilirse de böyle bir müdahaleye imkân veren onaylama kararına karşı, borçlunun başvurabileceği herhangi bir başvuru yolunun öngörülmemiş olması eleştiriye açıktır.

belirtilmiştir⁶⁵. İcra hukuku kurallarının görevi, temel hakların tümünün aynı anda korunması talebinden doğan menfaat çatışmalarını ölçülü bir biçimde anayasal sınırlar içerisinde, kişilerin haklarını ihlal etmeden dengelemesidir⁶⁶. Hukukun ve takip hukukunun amacının, her halükârda çatışan menfaatleri mutlak bir şekilde dengelemek olmadığı, menfaatlerin hassas bir şekilde dengelenmesinin yeterli olduğu unutulmamalıdır⁶⁷. Dolayısıyla, özel hayat ve konut dokunulmazlığının insan onurunun korunması ve yaşam hakkıyla ilgili temel bir hak olduğu dikkate alındığında, alacak hakkı karşısında buna öncelik verilmesi yadırganmamalıdır. Kaldı ki, getirilen düzenleme, haciz işlemi için konuta girilmesini tamamen yasaklamamakta, sadece bunun usulüne ilişkin Anayasa'ya uygun bir düzenleme öngörmektedir⁶⁸.

VI. MADDENİN UYGULAMA ALANI BULACAĞI HACİZ TÜRLERİ

İcra hukukunda kesin haciz⁶⁹, geçici haciz⁷⁰, ihtiyati haciz⁷¹, ilave haciz⁷² ve tamamlama haczi⁷³ olmak üzere farklı haciz türleri bulunmaktadır. Bu haciz türleri açısından, kanun koyucunun, sadece ihtiyati haczi kapsam dışında bıraktığı dikkate alındığında, İİK m.79/a'nın ihtiyati haciz dışında diğer haciz türleri bakımından uygulama alanı bulacağı söylenebilir.

İlave haciz veya tamamlama haczi bağlamında maddenin ne şekilde uygulanacağını ayrıca tartışılması gerekmektedir. Bilhassa, haciz talep edilen yerle alakalı daha öncesinde verilen konut olduğuna ilişkin icra mahkemesinin onaylama kararının bulunması ihtimalinde, bu onaylama kararının ilave haciz ve tamamlama haczinde de geçerli olup olmayacağı tartışmaya açıktır. Bu bağlamda, takip ekonomisi açısından öncesinde alınmış bir onaylama kararının yeterli olması gerektiği söylenebilirse de herhangi bir mahkeme kararı olmaksızın kişilerin konutlarında başkalarının müdahalelerinden uzak bir şekilde huzur ve güven içinde yaşama haklarını korumak amacıyla maddenin getirildiği ve konut niteliğinin hayatın olağan akışı içinde değişebilme ihtimali dikkate alındığında, ilave veya tamamlama haczi için de İİK m.79/a'daki usulün izlenmesi gerekliliği kabul edilmelidir.

İİK m.79/a'nın IV. f.'nda "ihtiyati haciz hakkında, bu madde hükmü uygulanmaz" düzenlemesiyle getirilen istisna, ihtiyati haczin amacına uygundur. İhtiyati haczin işlevi itibariyle alacağın teminat altına alınmasına hizmet ettiği; geçici bir hukuki koruma sağlamaya yöneldiği; ivedi iş ve kararlardan sayıldığı; bu kararı da Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre belirlenen görevli bir mahkemenin vereceği dikkate alındığında böyle bir istisnaya yer verilmesi yadırganmamalıdır. Nitekim Anayasa m.20/II ve 21'de de maddede belirtilen sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emriyle temel hak ve özgürlüklere müdahalenin söz konusu olabileceği kabul edilmiştir. İİK m.79/a'nın IV. f.'da, mahkeme kararı olmadan konutta müdahaleye tam bir istisna getirilmiş gibi görünmekle birlikte, burada da ihtiyati hacze bir mahkemenin karar vereceği ve Anayasa m.20/II ve 21'de belirtilen "kişinin hakkının korunması" (alacak hakkının korunması) sebebine bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan haller kapsamında değerlendirilebileceği göz önüne alındığında aslında tam bir istisna getirildiği de söylenemez. Özellikle işin ivediliği ile İİK m.257/II'deki sebeplerden birisiyle ihtiyati hacze başvurulması halinde de ihtiyati haciz kararını yine icra mahkemesi olmasa da bir mahkemenin verdiği ve durumun aciliyetinin bulunduğu unutulmamalıdır. Elbet de ki kendisine başvuru mahkemenin yapacağı inceleme, münhasıran haciz talep edilen yerin konut olup olmadığına ilişkin olmamakla birlikte, konutta yapılacak müdahale bağlamında bunun yeterli olacağı kanısındayız⁷⁴. Keza, İİK m.260/I/4 hükmünde haczolunacak şeylerin ihtiyati haciz kararında belirtildiği dikkate alındığında, konutta hacze ilişkin değerlendirme yapılması da mümkündür.

Söz konusu istisnanın sadece ihtiyati haciz bakımından kabul edilmiş olması, gecikmesinde sakınca bulunan haller açısından eleştiriye açıktır. Özellikle borçlunun konuttan mal kaçırma ihtimali bağlamında,

⁶⁵ <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D27/Y6/T2/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/2f675167-40a3-4cee-ab80-423d94ef934a.pdf> (Erişim: 1.05.2023).

⁶⁶ ÇİFTÇİ, s.8. Takip hukukunda çatışan menfaatlerin dengelenmesiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., BERKİN, Necmeddin M.: Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, C.I, Filiz, İstanbul 1980, s.12-14; ÜSTÜNDAĞ, Saim: İcra ve İflas Kanunu'nun Dünü ve Bugünü, Evrim, İstanbul 1990, s.123; POSTACIOĞLU, İlhan E.: İcra Hukuku Esasları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s.3.4.

⁶⁷ ÇİFTÇİ, s.41.

⁶⁸ Düzenleme öncesinde, icra müdürünün herhangi bir mahkeme kararı olmaksızın borçlunun konutuna girebilmesinin, menfaat dengesinin borçlu aleyhine bozulmasına sebebiyet verdiği ve Anayasa'ya aykırı olduğu belirtilmekteydi (ÇİFTÇİ, s.105).

⁶⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz., POSTACIOĞLU, s.290; ÜSTÜNDAĞ, s.143; KURU, s.410; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.296; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.162; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.184; MUŞUL, Timuçin: Haciz ve Hacze İştirak, Adalet, Ankara 2019, s.37. Haczin farklı tanımları için bkz., AKGÜN, Şükran: İcra Hukuku ve İdare Hukuku Açısından Bir İnceleme Haczin Hukuki Niteliği, Der, İstanbul 2020, s.165-170; ARSLAN, s.71, 72.

⁷⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz., POSTACIOĞLU, s.222; ÜSTÜNDAĞ, s.125; KURU, s.326; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.296; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.183; MUŞUL, s.43; GÖRGÜN/BÖRÜ/KODAKOĞLU, s.114.

⁷¹ Ayrıntılı bilgi için bkz., POSTACIOĞLU, s.707; ÜSTÜNDAĞ, s.400; Kuru, s.1033,1034; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.547; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.346; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.183; MUŞUL, s.45; GÖRGÜN/BÖRÜ/KODAKOĞLU, s.434; ARSLAN, s.73.

⁷² Ayrıntılı bilgi için bkz., POSTACIOĞLU, s.439; ÜSTÜNDAĞ, s.233; KURU, s.537; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.297; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.196; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.184; MUŞUL, s.44; ARSLAN, s.79.

⁷³ Ayrıntılı bilgi için bkz., POSTACIOĞLU, s.533; KURU, s.731,732; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.297; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.253; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.184; MUŞUL, s.44; ARSLAN, s.80.

⁷⁴ Bu noktada ihtiyati haciz talebinde bulunulurken, bilhassa haciz yapılacak yerler arasında konutun bulunması ihtimali bakımından, bunun ayrıca belirtilmesi isabetli olacaktır.

gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında değerlendirilerek bir istisna yaratılması düşünülebilirdi. Böyle bir istisna yaratılmış olsaydı, bu konuda karar mercii olarak icra dairesi yeterli görülebilirdi. Yapılacak böyle bir düzenleme ise, Anayasa m.20/II ve 21'in belirttiği gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamına gireceği için, Anayasa'ya aykırılık oluşturmazdı.

VII. SONUÇ

İİK m.79/a'da kanun koyucunun, konut olarak kabul edilecek yerler bakımından herhangi bir sınırlama yapmaması; maddenin gerekçesinde söz konusu mekânın, barınma ihtiyacını karşılamaya yönelik, özel hayatın sürdürülebileceği yeterli mahremiyeti sağlamaya elverişli bir mekân olmasına vurgu yapması sebebiyle, konut olarak kabul edilebilecek mekanların belirlenmesinde, maddenin dar yorumlanmaması düzenlemenin amacına uygun olur. Bu açıdan düzenlemeyle herhangi bir mahkeme kararı olmadan kişilerin konutlarında başkalarının müdahalelerinden uzak bir şekilde huzur ve güven içinde yaşama haklarının korunmaya çalışıldığı ve konutta yapılacak hacizler bakımından, özel hayata ve özellikle konut mahremiyete müdahalenin hâkim teminatına alınmasının istendiği söylenebilir. Dolayısıyla düzenleme Anayasa'da koruma altına alınan özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı haklarına ve bunlara yönelik yapılacak bir müdahalenin ne şekilde olması gerektiğine ilişkin kurallara uygundur.

Kanunun sistematigi açısından “konutta haciz” ilişkin düzenlemeye, genel haciz yoluyla takip başlığı altında yer verilmiş olması hükmün uygulanacağı takip yolları bağlamında uygulamada tereddüt yaşanmasına yol açabilir. Ancak ilâmlı icrada bakımından, takip konusu yapılan alacak, icra emrine rağmen yerine getirilmez ve takibe konu yapılan şeyin konutta olduğu anlaşılırsa, İİK m.41'deki yollama uyarınca, İİK m.79/a'ya göre işlem yapılmalıdır. Aynı şekilde, ilâmsız icrada haciz işlemi yapılması gündeme geldiğinde, haczin yapılacağı yerin konut olması halinde İİK m.79/a uygulama alanı bulmalıdır. Ancak ilâmsız icranın türlerinden biri olan kiralanan taşınmazın ilâmsız tahliyesinde ilgili hükmün uygulanması bakımından ayrıca bir değerlendirme yapılması gerekir. Diğer bir takip yolu olan, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipte, haciz aşaması bulunmadığından hareketle İİK m.79/a'nın uygulanmayacağı söylenebilirse de rehnin konusunun taşınır olması ve bilhassa Türk Medeni Kanunu m.940/II uyarınca teslimsiz rehnin kurulabildiği durumlar açısından hükmün uygulanmasının gündeme gelmesi mümkündür. Son olarak olan iflâs yolları açısından ilk bakışta İİK m.79/a'nın uygulanmayacağı söylenebilirse de iflâs kararının verilmesi üzerine müflisin iflâs masasına girmesi gereken mal, alacak ve haklarının iflâs dairesi/idaresi tarafından tespiti, kayıt ve muhafaza altına alınabilmesi için borçlunun konutuna girilmesi gündeme geldiğinde, müflisin özel hayatının ve mahrem alanının korunmasını ve konutunda başkalarının müdahalelerinden uzak bir şekilde huzur ve güven içinde yaşamasını temin etmek için hükmün uygulanması gerektiği kanısındayız.

Hükmün uygulanma usulü bağlamında, icra müdürünün haciz yapılacak yerin konut olduğunu nasıl tespit edeceğine; tespit bilhassa istinabe yoluyla haciz işleminin yapılması ihtimalinde hangi yer icra dairesi tarafından yapılacağına; III. f.'da, konut olmadığı kabul edilen bir yerle alakalı haciz için gidildiğinde buranın konut olduğunun anlaşılması durumunda borçlunun konutta haciz işlemine ne şekilde rıza göstermesi gerektiğine maddede açıklık getirilmemiş olması, uygulamada tereddüt yaşanmasına sebebiyet verecek niteliktedir. Aynı şekilde II. f.'da icra mahkemesinin onay incelemesini dosya üzerinden yapacak olması; bu incelemenin nasıl yapacağı, hangi ispat türüne ve delillere dayanılacağı belirtilmemiş olması; istinabe halinde onay incelemesini hangi yer icra mahkemesinin yapacağını belirtmemiş olması; onaylamaya veya kaldırmaya ilişkin icra mahkemesi kararının kesin olarak verildiğinin düzenlenmesi eleştiriye açık noktalar. Bu açıklığı gidermek üzere ikincil mevzuat düzenlemesine ihtiyaç olduğu kanaatindeyiz.

Haciz türleri bakımından, İİK m.79/a'nın uygulanmasıyla alakalı sadece ihtiyati haciz bakımından IV. f.'da bir istisnaya yer verildiği için, ilgili düzenleme ihtiyati haciz dışında diğer haciz türleri bakımından uygulanır. Bununla birlikte, ilave haciz ve tamamlama haczi açısından maddenin ne şekilde uygulanacağı tereddüt yaratmaya müsaittir.

Son olarak, maddede söz konusu istisnanın sadece ihtiyati haciz bakımından değil; aynı zamanda borçlunun konuttan mal kaçırması ihtimali bağlamında da gecikmesinde sakınca bulunan hallere ilişkin bir düzenleme yapılması uygun olacaktır.

KAYNAKÇA

- AKGÜN, Şükran: İcra Hukuku ve İdare Hukuku Açısından Bir İnceleme Haczin Hukuki Niteliği, Der, İstanbul 2020.
- AKINCI, Müslüm: “Kentsel Dönüşümün Asıl Hedefi Olarak Elverişli Konut Hakkı ve İdarenin Ödevleri”, LHD, 14(168), 2016, s.6645-6680.
- AKINCI, Şahin: “İşyeri Kiralarında Kiracının Korunması Açısından Borçlar Kanunu Tasarısının Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, AÜHFHD, 57(3), 2008, s.33-50.
- AKİL, Cenk: “Yargıtay Kararları Işığında Haline Münasip Evin Haczedilmezliği (Meskeniyet) İddiası (İİK m.82/12)”, AÜHFHD, 60(4), 2011, s.775-808.
- AKTAN, Hamdi Yaver: “Yargı Kararları Işığında Özel Yaşam”, TBB Özel Yaşamın Gizliliği (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşmenin ve Kişisel Verilerin Saklanması) Panel, Ankara 2008, s.11-14.
- ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, B.9, Yetkin, Ankara 2012.
- ARSLAN, Aziz Serkan: İcra Takip İşlemleri, Yetkin, Ankara 2018.
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYYAZ, Sema/HANAĞASI, Emel: İcra ve İflâs Hukuku, B.8, Yetkin, Ankara 2022.
- ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim: Ceza Hukuku Özel Hükümler, B.20, Adalet, Ankara 2022.

- ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin: İcra ve İflâs Hukuku, B.6, Yetkin, Ankara 2022.
- BERKİN, Necmeddin M.: Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, C.I, Filiz, İstanbul 1980.
- ÇELİK, Yeşim: “Özel Hayatın Gizliliğinin Yansıması Olarak Kişisel Verilerin Korunması ve Bu Bağlamda Unutulma Hakkı”, TAAD, 8(32), 2017, s.391-410.
- ÇELİKOĞLU, Cengiz Topel: İcra Dairesi Kararı, Ekin, Bursa 2017.
- ÇİFTÇİ, Pınar: İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Adalet, Ankara 2010.
- DIGGELMANN, Oliver/CLEIS, Nicole: “Mahremiyet Hakkı Nasıl İnsan Hakkı Haline Geldi”, (Çev. Yaşar, Jülide), ABUHFD, 10(19), 2022 s.173-192.
- DOĞAN, Murat: “Kira Sözleşmesi” Borçlar Hukuku Özel Hükümler, B.1, Seçkin, Ankara 2023.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Alper: Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Filiz, İstanbul 2005.
- DURUN, Gizem: “AİHM Kararları Işığında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı”, BAUHFD, 13(167-168), 2018, s.199-238.
- ERKAN, Vehbi Umut/ÖZSOY, Rabia: “Bilgi Edinme Hakkı ve Özel Hayatın Gizliliği Çerçevesinde Tapu Sicilinin Açıklığı İlkesi”, AÜHFD, 72(1), 2023, s.97-120.
- GÖKYAYLA, Emre: “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı (TBK. m.339)”, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, 8(Özel Sayı), 2013, s.1203-1251.
- GÖRGÜN, Şanal/BÖRÜ, Levent/KODAKOĞLU, Mehmet: İcra ve İflâs Hukuku, B.3, Yetkin, Ankara 2022.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref/ GÖLCÜKLÜ: Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, B.9, Turhan, Ankara 2011.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, B.4, Filiz, İstanbul 2019.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi, B.2, Vedat, İstanbul 2012.
- HAVUTÇU, Ayşe: “Evlî Kadının Yerleşim Yeri”, DEÜHFD, 7(1), 2005, s.29-50.
- İPEK, Eyüp: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Tahliye Sebeplerine İlişkin Getirilen Yenilikler”, TBBD, (102), 2012, s.59-92.
- KILIÇ, Muharrem: “Konut Hakkının Sosyopolitiği: Sosyal Haklar Sistematiği Açısından Bir Çözümleme” Anayasa Yargısı, 37(2), 2020, s.67-112.
- KİRAZ, Taylan Özgür: “İsviçre Federal Mahkemesinin Bir Kararı Çerçevesinde Takip Hukukunda Şikâyet Eden Taraf Bakımından İlgili Kavramı”, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Turhan, Ankara 2008, s.561-566.
- KÖKSOY, Mesut: “Hukuki Güvenlik İlkesi Açısından Takip Ekonomisi”, GÜHFD, 20(3), 2016, s.53-85.
- KURU, Baki: İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, B.2, Adalet, Ankara 2013.
- MUŞUL, Timuçin: Haciz ve Hacze İştirak, Adalet, Ankara 2019.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAĞSIZ, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, B.17, Seçkin, Ankara 2022.
- ÖZDOĞAN, Mustafa/OYMAK, Tuba: “Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları Kapsamı ve Uygulama Alanı”, İBD, 88(2), 2014, s.54-65.
- ÖZEKES, Muhammet: İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Adalet, Ankara 2009.
- ÖZKANOGU, Neşe: 6098 Sayılı TBK Kapsamında Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmesinin Kiraya Veren Tarafından Sona Erdirilmesi, B.2, Seçkin, Ankara 2021.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku, B.9, Onikilevha, İstanbul 2022.
- POSTACIOĞLU, İlhan E.: İcra Hukuku Esasları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.
- SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar: “Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme”, GaziÜHFD, 17(3), 2013, s.227-266.
- SÜMBÜL, Tuncay: Anayasa ve Türk Ceza Kanunu Bakımından Konut Dokunulmazlığının İhlali Suçu, Adalet, Ankara 2022.
- ŞİPKA, Şükran: Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, B.2, Beta, İstanbul 2004.
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, B.20, Seçkin, Ankara 2022.
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SANCAKTAR, Oğuz/ÖNOK, Rifat Murat: İnsan Hakları El Kitabı, B.9, Seçkin, Ankara 2021.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim: İcra ve İflâs Kanunu'nun Dünü ve Bugünü, Evrim, İstanbul 1990.
- YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN: Burak, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, Beta, İstanbul 2016.
- YILDIRIM, Ali Fuat: Konut Ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Gereksinim Sebebiyle Sona Ermesi, Adalet, Ankara 2022.
- YÜCEL DERİCİLER, Özge: “AİHM İçtihatları Çerçevesinde Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Bağlamında Sağlık Hakkının Korunması”, s.367-384, (38) AİHM İçtihatları Çerçevesinde Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Bağlamında Sağlık Hakkının Korunması | Ozge Yucel Dericiler - Academia.edu (Erişim: 18.04.2023).
- ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, B.16, Turhan, Ankara 2016.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Seyhan SELÇUK, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Seyhan SELÇUK who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors' Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

**OSMANLI İMPARATORLUĞU'NDAN GÜNÜMÜZE
LIBYA SİYASAL TARİHİNDE MÜLKİYET REJİMLERİ****FROM THE OTTOMAN EMPIRE TO THE PRESENT
PROPERTY REGIMES IN LIBYAN POLITICAL HISTORY**Furkan YILMAZ *  **Makale Bilgi**Gönderi: 06/04/2023
Kabul : 27/10/2023**Anahtar Kelimeler***Mülkiyet Hakkı,
Libya'da Sınıf İlişkileri,
Libya Anayasaları,
Kaddafi Rejimi,
Kaddafi Sonrası Libya.***Article Info**Received: 06/04/2023
Accepted: 27/10/2023**Keywords***Property Rights,
Class Relations in
Libya,
Libyan Constitutions,
Gaddafi Regime,
Post-Gaddafi Libya.***Özet**10.21492/inuhfd.1278602 

Libya mülkiyet rejimlerinde yüzyıllardır geçirdiği dönüşümlerle doğrudan bağlantılı olarak siyasal yapısında da dönüşümler geçirmiştir. Ülkenin içerisinde bulunduğu mevcut siyasal atmosferi anlamak için bu dönüşümlerin incelenmesi önem arz etmektedir. Çalışma, Osmanlı İmparatorluğu'ndan günümüze Libya'da mülkiyetin kısa bir tarihçesini ortaya koymayı hedeflemektedir. Mülkiyet meselesinin hukuki ve siyasi üstyapıların oluşumundaki belirleyici rolü dikkate alınarak mülkiyet rejimleri üzerinden Libya siyasal tarihi ve Libya anayasaları incelemeye konu edilmiştir. Bununla birlikte aynı bakış açısıyla Libya'da mülkiyet hakkının tarihi de çeşitli yönleriyle ortaya koyulmuştur. Bu yaklaşımla incelemeye Libya'daki Senüsiyye hareketinin etkisi de dikkate alınarak Osmanlı İmparatorluğu döneminden başlanmıştır. Ardından İtalyan kolonizasyonu ve Libya'nın bağımsızlığa kavuşması süreci özellikle mülkiyete ilişkin hukuki hükümler üzerinden incelenmiştir. Libya Krallığı'nın kurulması ve 1951 Anayasası'nın hazırlanması, Kaddafi'nin devrimi, rejimi, sözde anayasa olarak kalsa da rejimin anayasal nitelikteki metinleri siyasal tarih ve mülkiyet tarihi açısından ele alınmıştır. Nihayet Kaddafi sonrası Libya'nın içerisinde bulunduğu politik karmaşa mülkiyet ve sınıf ilişkileri bakımından değerlendirilmiştir. İç savaşın ve mevcut rejimsizlik durumunun sınıfsal mahiyeti mülkiyet üzerinden analiz edilmeye çalışılmıştır. Çalışma, iç çatışmalarıyla uluslararası gündemi meşgul eden Libya'yı, konuya ilişkin yabancı literatürü tarayarak doğrudan siyasal rejim ve mülkiyet ilişkisi temelinde ele almayı ve Türkçe yazında bir eksikliği gidermeyi hedeflemektedir.

Abstract

Libya has undergone transformations in its political structure directly correlation with the transformations in its property regimes over the centuries. It is important to analyze these transformations in order to understand the current political atmosphere in the country. The study aims to present a brief history of property in Libya from the Ottoman Empire to the present day. Considering the determining role of the property in the formation of legal and political superstructures, Libyan political history and Libyan constitutions have been analyzed through property regimes. In this respect, from the same perspective, the history of the property rights in Libya has been presented in various aspects. Therefore the study starts from the Ottoman Empire period, taking into account the influence of the Senussiyya movement in Libya. And the Italian colonization and the process of Libya's independence are examined, especially through the legal provisions about property. The establishment of the Kingdom of Libya and the drafting of the 1951 Constitution, Gaddafi's revolution, his regime, and the constitutional texts of the regime, even though they remained as a fake constitution, are analyzed in terms of political history and property history. Finally, the political mess in post-Gaddafi Libya is evaluated in terms of property and class relations. The class character of the civil war and the current regimeless state has been analyzed through property. The study aims to examine Libya, which has occupied the international agenda with its internal conflicts, directly on the basis of the relationship between political regime and property by reviewing the foreign literature on the subject and to fill a gap in the Turkish literature.

 Bu eser [Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/) ile lisanslanmıştır.

* Arş. Gör., Eskişehir Osmangazi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** YILMAZ, Fatih, "Osmanlı İmparatorluğu'ndan Günümüze Libya Siyasal Tarihinde Mülkiyet Rejimleri", İnÜHFD, 14(2), 2023, s.426-440. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | **This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.**

EXTENDED SUMMARY

Property regimes and political regimes affect each other. The property regime is one of the main determinants of political regime changes. And structural transformations related to it are reflected in the constitution. This situation can be seen in Libya. The civil war in Libya and the current regimeless state can be analyzed from this perspective. The aim of this study is to examine the right to property as a constitutional right together with Libya's political history and to do so with a historical materialist method. Looking at the history of Libya, there was no agricultural reform in this region during the Ottoman Empire. Livelihood was based on pastoralism and trade. Therefore, large lands were not appropriated. Private ownership of real estate existed only in certain areas and was on small plots of land. Collective ownership was common on large tracts of land in the interior.

But the lifting of the ban on foreigners buying lands and real estates, the Italian appropriation of large tracts of land through purchase or mortgage, and Italy's plans to establish an agricultural colony in Libya while Italy was industrializing, led to regime change. A lot of land that had been dedicated to religious purposes and collective use was expropriated for agricultural purposes under fascism. Italian peasants and agricultural workers were settled on this land while Libyans were expropriated. A differentiation from the Ottoman property regime and an imperial structural transformation emerged. When Libya's independence was being debated after World War II, the protection of property belonging to Italian citizens was on the UN agenda. The constitution of the independent Kingdom of Libya took a liberal stance and protected private property rights. Libyans were frustrated because Italians were still using most of the fertile land in their country. Moreover, the constitutional provisions protected the injustice they felt they had suffered. The people's reactions were expressed in the press and in protests against the king. The existing social discontent deepened by a combination of different social problems and the influence of Arab socialism and Arab nationalism overthrew the monarchy.

The Libyan officer Gaddafi seized power in a military coup. The Gaddafi regime imposed severe restrictions on private property. Significant nationalization moves have been made. Public ownership has been emphasized. The regime, which partly followed a socialist tendency, prevented a class differentiation based on property ownership in its early years. Gaddafi justified limiting property rights on the basis of the Koran. He opposed the use of private property rights for exploitation. Under the Gaddafi regime, the constitution strengthened social rights over individual rights and freedoms. Particular attention was paid to the right to housing. The Socialist Real Property Registry was introduced. Severe restrictions were imposed on home ownership. But eventually neoliberal reforms were introduced in the last years of the regime. The rulers and their relatives were enriched through oil revenues and the construction sector. Gaddafi's theses of Islamic socialism created deep class differences within Libya underneath his anti-imperialist stance. The question of property also emerged as a factor in the overthrow of this regime.

The interests of global capital and the interests of the citizens whose property rights were violated under Gaddafi regime were reconciled in the overthrow of Gaddafi. During the civil wars, citizens whose property rights had been violated under the Gaddafi regime sought to reclaim property that had previously belonged to them, either through the law or through violence. Returning properties to their former owners as they were, or paying large compensation to them, would re-establish a class of large property owners. It would also create homelessness and poverty for the masses. On the other hand, new social groups, many of them illegally enriched during the civil war, continue to acquire large properties. The lack of a monopoly on the legal use of violence over the whole of Libya prevents any talk of an established regime for private property. After all, law and constitution cannot express a certainty and a system in the absence of a monopoly on legal use of violence. Although the legal regulations and new constitutional provisions are not fully applicable in practice, they show a liberal tendency in a way to reassure foreign investors. However, it can also be argued that the lack of full implementation of the legal regulations currently coincides with the interests of various capitalists. As a matter of fact, the political mess that Libya is in has enabled new social groups that benefit from the mess to acquire property, while the mess itself provides a useful regimeless state for both imperialism and the locally enriched class.

I. GİRİŞ

Trablusgarp, Sirenayka ve Fizan şeklinde üç ana bölgeden oluşan Libya, tarih boyunca bölgesel olarak farklılık göstermekle birlikte çok çeşitli iktidar sahiplerinin (Antik Yunan, Roma, Kartaca, Arap, Vandal, Bizans, Berberi, Fâtımî, İspanyol, St. John Şövalyeleri ve Osmanlı) hâkimiyetine girmiştir. İtalyanların mülk edinimleri ve İtalyan sermayesinin bölgeye girmesiyle, bölgede Osmanlı egemenliği giderek azalmış, ilerleyen süreçte bölgenin kontrolü İtalya tarafından tamamen ele geçirilmiştir. II. Dünya Savaşı'nın ardından Birleşmiş Milletler'in doğrudan müdahil olduğu süreç içerisinde bağımsız bir Libya devleti kurulmuştur. Kurulan Libya Krallığının yönetimi altında çıkan toplumsal hoşnutsuzluklar Muammer Kaddafi ve ekibinin askeri darbesinin ciddi bir tepkiyle karşılaşmaksızın kabullenilmesine yol açmıştır. Kaddafi rejiminin özellikle son 20 yılında yarattığı hoşnutsuzluklar sonucunda ise 42 yıl süren rejim 2011'de çıkan iç savaş sonucunda devrilmiş ve Kaddafi yönetiminden sonra ülkede hâlâ istikrarlı bir yönetim sağlanamamıştır. Ülkenin içerisinde bulunduğu mevcut siyasal atmosferi anlamak için mülkiyet yapısındaki dönüşümlerin de izinin sürülmesi elzemdir. Dolayısıyla çalışmanın temel sorusunu Libya'nın bugünkü durumunda mülkiyet ilişkilerinin tarihsel rolünün ne olduğu oluşturmaktadır. Bu nedenle çalışma Osmanlı İmparatorluğu'ndan günümüze Libya'da mülkiyeti bir hak ve sosyal olgu olarak, siyasi rejimlerle bağlantılı biçimde ele alacaktır. Çalışma, iç çatışmalarıyla uluslararası gündemi meşgul eden Libya'yı, konuyu doğrudan ve bütüncül bir şekilde ele alan Türkçe kaynakların eksikliği nedeniyle büyük ölçüde yabancı literatürü tarayarak doğrudan siyasi rejim ve mülkiyet ilişkisi temelinde ele almayı ve Türkçe yazındaki eksikliği gidermeyi hedeflemektedir.

Çalışma temelde üç bölümden oluşacaktır. İlk başlık altında Libya'nın bağımsız bir devlet olmadan önce Osmanlı İmparatorluğu ve İtalya Krallığı bünyesindeki siyasal rejimi ve mülkiyet rejimi, ardından Libya Krallığı altında siyasal rejimin ve mülkiyet rejiminin değişimine ilişkin bir çerçeve sunulacaktır. İkinci başlık altında Kaddafi yönetiminin genel hatları ve mülkiyet rejimi ortaya koyulacaktır. Üçüncü başlık altında Kaddafi yönetiminin ardından ülkedeki mevcut siyasal duruma ve mülkiyet hususundaki tartışmalara ilişkin bir değerlendirme ortaya koyulacaktır.

II. OSMANLI İMPARATORLUĞUNDAN BAĞIMSIZ LİBYA'YA MÜLKİYET REJİMLERİ

A. Osmanlı Döneminde Libya

Libya'nın bugünü için hâlâ önem taşıyan bazı yapılanmaların kökeni Osmanlı İmparatorluğu'na dayanmaktadır. Bugünü anlayabilmek için mülkiyet rejimleri ele alınırken Osmanlı dönemindeki Libya'dan başlamak gerekmektedir.

Osmanlı İmparatorluğu 1551'de Trablus'u ele geçirerek Trablusgarp Eyaletini tesis etmiş; daha önceden imar gören arazi bireylerin özel mülkiyeti olarak sayılırken fetih sonrasında fethedilen arazi büyük ölçüde devlet mülkü olarak kabul edilmiş ve bu arazilerde mülk arazi rejiminin yanı sıra köylülerin vergi karşılığında toprağı işleyebildiği miri arazi rejimi de öngörülmüştür¹. İmparatorluğun feodal yapısı ve bölgedeki kabilelerinin küçümsenemeyecek siyasal etkinlikleri merkezi bir yönetimin tam manasıyla tesis edilememesine, dahası 1711-1835 tarihleri arasında Karamanlı Hanedanınca yürütülen özerk bir yönetimin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Osmanlı'nın bölgede uyguladığı haraç politikası Karamanlıları yerli ve yabancı tacirlere borçlanmaya, Avrupalı tüccara önemli imtiyazlar vermeye, yeniçeri soyundan gelen imtiyazlı yönetici sınıfın (kuloğlu) vergi imtiyazlarını kaldırmaya zorlamıştır².

19. yüzyıl, Muhammed bin Ali es-Senûsî'nin başlattığı dinî ve politik bir hareket olan Senûsiyye'nin doğumuna ve gelişimine tanıklık etmiştir. Zira Kuzey Afrika coğrafyası çeşitli tarikatların ve dini hareketlerin tesirine uzak değildir. Bedevilerin yaşam tarzlarına uygun bir dinsel yorum getiren Senûsiyye, özellikle Sirenayka'daki kavşak noktaları ile hac ve ticaret merkezleri üzerinde sosyal ve ideolojik kurumlar inşa etmiştir³. O döneme dek Fizan ve Trablusgarp'ın aksine tüccar için bir pazar sunmayan Sirenayka, Senûsiyye'nin kabile konfederasyonları arasında kurduğu ittifaklarla kabilelerin birer ticari güç hâline gelmesini ve dolayısıyla kabile seçkinlerinin bir tüccar sınıfı oluşturmasını sağlamıştır⁴. Kabile yapısıyla uyumluluk gösteren Senûsiyye teşkilatlanması kabile yapısını korurken aynı zamanda ulusal bir bilincin oluşmasında da rol oynamıştır⁵.

Libya'da kabile yapısına gelince, kabileler buldukları bölgelerin coğrafi ve ekolojik koşullarına göre kendi içlerinde karmaşık sınıfsal ayrımlar içermektedir. Kabilelerin içinde zanaatkarlar, köleler ve kendi askeri güçleri yer almaktadır fakat büyük toprak sahibi bir sınıftan söz edilemez. Kentlerde ve vahalarda özel mülkiyetten bahsedilebilirken iç bölgelerdeki araziler üzerinde akrabalık ideolojisi ile yeniden üretilen bir kolektif mülkiyet pratiğinden bahsedilebilir⁶. Aynı maddi koşulların bir sonucu olarak Trablusgarp ve Fizan'ın aksine Sirenayka'da gerçek anlamda bir köylü sınıfı yoktur⁷. Bu nedenle Libya kabileleri ve vahaları

¹ ÇAKAR, Enver: Doğu Akdeniz Sahilinde Bir Osmanlı Sancağı: Trablus (1516-1579), Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 2012, s.253. CİN, H.: Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması, Kültür Bakanlığı, Ankara 1978, s.1, 5.

² AHMIDA, A. Abdullatif: Forgotten Voices: Power and Agency in Colonial and Postcolonial Libya, Routledge, New York 2005, s.5, 14.

³ EVANS-PRITCHARD, E.E.: The Sanusi of Cyrenaica, Clarendon Press, Oxford 1949, s.78; ZIADEH, Nicola A.: Sanûsiyyah: A Study of a Revivalist Movement in Islam, Brill, Leiden 1968, s.114; ÖZKÖSE, Kadir: "Osmanlı Devleti ile Senûsiyye Tarikatı Arasındaki İlişkiler". Gaziosmanpaşa Üniversitesi İlahiyat Fakültesi 1(2), 2013, s.19.

⁴ AHMIDA, s.4; EL-KİHYA, Mansur Ö.: Libya'nın Kaddafisi, Çev. Saadet Yıldız İnal, Kaknüs, İstanbul 2011, s.44-45.

⁵ EVANS-PRITCHARD, s.71.

⁶ AHMIDA, s.21.

⁷ AHMIDA, s.6.

üzerinde Senûsî soylularının iktidarını güvence altına alan Senûsî örgütlenmesi, ayrıca seçkin bir ulema sınıfı ve tüccar sınıfı yaratırken zaviyelerinin yakınlarında bulunan göçebeleri tarımsal üretim gücü olarak kullanmıştır⁸. Senûsî seçkinleri Cağbub veya Kufra gibi iç kesimlerde yaşadıkları için bunların maddi ihtiyaçları kıyı şeridindeki tekke ve zaviyelerin üretimleri ve ticari kazançları üzerinden sağlanmıştır⁹. Muhammed el-Mehdî es-Senûsî döneminde Sirenayka'daki bedevilerin hemen hepsi Senûsî düzeninin çatısı altında toplanmış, hareket Trablusgarp ve Fizan'a da yayılarak ticareti teşvik etmiştir. Dolayısıyla Libya, Osmanlı'nın Anadolu'daki feodal yapılanmasından farklı ve özgün yapılar içermektedir¹⁰.

Senûsiyye hareketi, 1856'da Sultan I. Abdülmecid tarafından fermanla resmen tanınmıştır. Evans-Pritchard'a göre Senûsî zaviyeleri vergiden muaf tutularak buldukları bölgelerde vergi toplama yetkisine de kavuşturulmuştur¹¹. Nitekim Osmanlı, bedevilerden Senûsîlerin yardımı olmaksızın vergi toplayamamaktadır. Tarikat, Osmanlı'nın bazı burjuva hukuk kurallarını da öngören Tanzimat reformlarına karşı çıksa da karşılıklı çıkar ilişkisine dayalı Osmanlı-Senûsî birlikteliği bölgede bir "ortak yönetim" tesis etmiştir¹². Michel Le Gall ise Senûsî zaviyelerinin vergi muafiyeti ve imparatorluğun vergi toplamasına yardım etmeleri hususlarında daha temkinlidir. Zira vergi muafiyetine ilişkin net bir ferman bulunmamakla birlikte 1882-1884, 1888-1891 ve 1891-1894 tarihlerinde Senûsîlere sadık bazı kabilelere karşı Osmanlı güçleri tarafından silahlı vergi seferleri düzenlenmiş ve çatışmalar yaşanmıştır¹³.

Tarikat, şer'i hükümlere sarılan göçebe ve yarı göçebe bir yaşam tarzını öne çıkarıp kabile seçkinlerini himaye ederek manda ve himayeci güçlerin dayatmak istediği kolonyal üretim pratikleriyle uzlaşmayan bir doktrin izlemiştir. Bu uzlaşmazlık Senûsiyye'nin sömürgecilere karşı direnişte önemli bir konum teşkil etmesine yol açmıştır. Öte yandan Cemaleddin Efganî ve Muhammed Abduh gibi isimlerin İslam'ı kapitalist ilişkilere uyarlamaya çalışan anti-empyralist, modern ve reformist önerilerinin etkisi kentli nüfusla sınırlı kalmıştır¹⁴.

Osmanlı İmparatorluğu döneminde bölgede uygulanan mülk rejimine dönülürse 1858 tarihli Arazi Kanunnamesi bu hususta temel bir kaynak teşkil etmektedir. Zira Kanun toprak mülkiyetine ilişkin hükümler bakımından Libya'da da uygulanmıştır. Buna göre mülkiyet beş kategoriye ayrılmaktadır: Mülk, vakıf arazileri miri, metruk ve mevat araziler. Mülk arazisi bireylerin üzerinde özel mülkiyet hakkına sahip olduğu araziye; vakıf arazisi dini bir amaçla bağış yoluyla özel mülkiyetten çıkarılan araziye; miri arazi devlet hazinesine ait intifa hakkının doğrudan devlet kontrolünde olduğu araziye; metruk arazi bir köy, kabile veya başka bir birimin kamusal ve kolektif kullanımında bulunan özel mülkiyet konusu olmayan araziye, mevat arazi ise işlenemeyen, bireysel temlik konusu olmayan kum tepesi, çorak alan vb. araziye ifade etmektedir. Kentlerin dışında kalan geniş araziler büyük ölçüde metruk ve mevat arazi olarak göçebeler tarafından kolektif biçimde kullanılmıştır¹⁵. Senûsiyye tarikatına bağışlanan vakıf arazileri şeyhlere, Senûsî ailesine ve bir başkasına devredilememiş tekke ve zaviyelere tahsis edilmiş, arta kalan kazanımlar tarikat bünyesinde biriktirilmiştir. Yalnızca Sirenayka'da Senûsiyye tarikatına bağışlanan vakıf arazileri toplamda yaklaşık 200.000 hektar araziye oluşturmaktadır¹⁶. Öte yandan özellikle Trablus gibi kentlerde yerli seçkinler Arazi Kanunnamesine dayanarak tescil ile mülkiyet hakkı elde etmiştir¹⁷.

B. Libya'da İtalyan Kolonizasyonu

Libya mülkiyet ve siyasal rejimleri açısından önemli bir kırılma noktasını kolonizasyon dönemi oluşturur. Yabancıların arazi ve emlak satın almasına ilişkin yasağın 9 Haziran 1867'de kaldırılmasının ardından 1873'te imzalanan bir protokol ile İtalyan vatandaşlarına Osmanlı sınırları içinde gayrimenkul temellük etme hakkı tanınmıştır¹⁸. Öte yandan 1881'de Fransa'nın Tunus'u; 1882'de Britanya'nın Mısır'ı işgal etmesi 1883'ten itibaren İtalyan hükümetlerinin Trablusgarp'ın işgalini gündeme getirilmesine ön ayak olmuştur. Bu itibarla 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren İtalyan bandıralı gemilerin Trablusgarp limanında en etkin konuma ulaştığı ve bölgede İtalyan okullarının kurulduğu görülmektedir¹⁹. Osmanlı Devleti'nin engelleme çabalarına rağmen İtalya Dışişleri Bakanlığı'nın meseleye müdahil olması nedeniyle 1907'de Trablusgarp'ta İtalyan bankası Banco di Roma açılmış, bunu daha sonra Bingazi, Zlitan, Homs ve Mısırta şubeleri izlemiştir. İtalyanların temellük faaliyetleri Banco di Roma'nın bölgede teşkilatlanmasıyla

⁸ AHMIDA, s.26; LUTSKIY, Borisoviç: Arap Ülkelerinin Yakın Tarihi, Çev. Turan Keskin, Yordam, İstanbul 2011, s.283.

⁹ EVANS-PRITCHARD, s.76.

¹⁰ Bu yapılar Osmanlı'nın örfi hukuk boyutunu göstermektedir. Bu konuda bkz. KILINÇ, A.: "The Influence of The Ottoman State On Islamic Law", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi Prof. Dr. M. Fatih UŞAN'a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı, 2022/2, s.547-580.

¹¹ EVANS-PRITCHARD, s.91; ÖZKÖSE, s.33; ZIADEH, s.61.

¹² EVANS-PRITCHARD, s.93-98.

¹³ LE GALL, Michel: "The Ottoman Government and the Sanusiyya: A Reappraisal", International Journal of Middle East Studies 21(1), 1989, s.97-100.

¹⁴ TİBİ, Bessam: Arap Milliyetçiliği, Çev. Taşkın Temiz, Yöneliş, İstanbul 1998, s.116-122; TURNER, Bryan S.: "Islam, Capitalism and the Weber theses", The British Journal of Sociology 25(2), 1974, s.230-243.

¹⁵ FOWLER, G. L.: "Italian Colonization of Tripolitania" (Italian Colonization of Tripolitania), Annals of the Association of American Geographers 62(4), 1972, s.631-632. Osmanlı'da arazi kategorileri, tahrir işlemi ve tapu sistemi için ayrıca bkz. İNALCIK, H., Osmanlı İmparatorluğu'nun Ekonomik ve Sosyal Tarihi Cilt 1, Çev. Halil Bertay, Eren, İstanbul 2000, s.153-185. CİN, s.24-47, 394-409.

¹⁶ EVANS-PRITCHARD, s.76-77.

¹⁷ AHMIDA, s.7, 9.

¹⁸ MERT, Özcan: "Osmanlı Belgelerine Göre Banco di Roma'nın Trablusgarp'daki Faaliyetleri", Belleten 51(200), 1987, s.835, 836.

¹⁹ MERT, s.831.

hız kazanmış, Banka tarafından ipotek yoluyla geniş arazilere el koyulmuştur. Bulundurduğu sermaye Banco di Roma'ya ve İtalyan Hükümeti'ne 1911 yılına dek bölgenin ulaşım, haberleşme, ticaret ve sanayi sektörlerinde de hâkim bir konum sağlamıştır²⁰. Dahası ekonomik çıkarlar bazı yerli tüccar ailelerini ve komprador burjuvaziyi de İtalya ile işbirliğine yönlendirmiştir²¹. Böylece Osmanlı Devleti, Trablusgarp Savaşı'nı kaybetmeden önce bölgedeki üstünlüğü büyük ölçüde İtalya'ya kaptırmış ve Trablusgarp daha Osmanlı vilayetiyeğin sömürülmeye başlanmıştır.

1911 yılında İtalyan askeri birliklerinin Libya'ya girişini takiben Tümamiral Borea Ricci'nin kararnameğine göre din ve ırk ayrımı gözetmeksizin mülkiyet hakkına riayet edileceği taahhüt edilmiştir. 1912'de imzalanan Uşi Antlaşması'yla Osmanlı askeri Libya'dan çekilmiş, bölgeye tam özerklik tanınmış, I. Dünya Savaşı'nın sonunda Osmanlı Devleti, bölge üzerindeki haklarından tümüyle vazgeçmiştir²². İlk İtalyan kararnamelerinde özerklik yanlısı tutum görülürken bu tutum kısa sürede değişmiş, İtalyan Hükümeti Trablusgarp ve Sirenayka'da tam egemenlik iddiasında bulunarak yerli halk medeni ve siyasal haklarından yoksun bırakılıp sömürge tebaasına dönüştürülmüştür²³. Söz konusu dönüşümün temelinde İtalyan kolonizasyonunun Libya'da tarımsal bir ıslah öngörmesi yatmaktadır. Bu amaçla Libyalı işgücünün tarımsal alanların geliştirilmesinde, geliştirilmesinde ve ekilmesinde kullanılması planlanmıştır²⁴.

I. Dünya Savaşı sonrasında Amerika Birleşik Devletleri Başkanı Woodrow Wilson'ın Wilson İlkeleri olarak bilinen görüşleri doğrultusunda İtalya'nın Libya'daki sömürge yönetimi tartışma konusu olmuştur. 1918'de aşiret reisleri tarafından kurulduğu ilan edilen İtalyan himayesindeki Trablusgarp Cumhuriyeti'nin anayasası sayılabilecek Trablusgarp Statüsü bizzat İtalya Kralı tarafından onaylanmıştır. Statü, Trablusgarp'ta doğan her bireyin İtalyan vatandaşı olduğunu; vatandaşların kanun önündeki eşitlikleri, siyasal ve medeni hakları, konut dokunulmazlığı ve mülkiyet hakları gibi liberal haklarını güvence altına almıştır²⁵. Benzer bir Statü birkaç ay sonra Senüsî hareketinin etkin olduğu Sirenayka'da da ilan edilmiştir. Sirenayka'da bölgeler Trablusgarp'taki gibi kesin sınırlarla ayrılmak yerine kabilelere göre ayrıldığından Statü, kabile unsuru üzerinde daha çok durmuş, onu özerk birim olarak ele almıştır²⁶. 1916'da yapılan Zuveytine Antlaşması zaten iç kesimlerde Senüsî egemenliğini tanımış, serbest ticarete izin vermiş ve Senüsî ailesine birtakım imtiyazlar vermiştir. Yine Nisan 1917'de Senüsî yönetimi ile İtalya ve Britanya arasında yapılan Akroma Geçici Antlaşması ile serbest ticaretin sağlanması, işgal altındaki tekke ve zaviyelerin tarikata iade edilmesi (barış tesis edilene kadar İtalyanlar tarafından askeri amaçlı kullanılabilir) ve tarikata ait arazilerin eskisi gibi vergiden muaf tutulması öngörülmüştür²⁷. 1919 tarihli Venerabile Confraternita dei Senussi Bildirgesi, 1920 tarihli Racme Mutabakatı, 1921 tarihli Sistemazione definitiva delle zauie Antlaşması tarikat mülklerine ilişkin İtalyan taahhütlerinin sürdüğünü göstermektedir²⁸. Bununla birlikte Senüsî hareketi içinde Ömer Muhtar gibi seçkin olmayan kıdemli aşiret liderleri silah bırakmayı reddederek Sirenayka'da yıllarca gerilla savaşı vermiştir²⁹.

1922 yılında İtalya'da Benito Mussolini başkanlığındaki Ulusal Faşist Parti'nin iktidara gelmesiyle Libya'daki İtalyan politikaları da değişim geçirmiştir. Bu kapsamda yerli seçkinlerle işbirliğine dayalı kolonyal politika yerine doğrudan askeri güce dayalı faşist bir sömürgecilik politikasına geçiş öngörülmüştür³⁰. Tarikat ile daha önceden yapılan antlaşmalar geçersiz sayılarak tarikat mülkleri sömürge amaçlı kamulaştırılmıştır³¹. Trablus'a atanan Giuseppe Volpi'nin tüm eyaletlerde İtalyan kontrolünü sağlamak için askeri harekât düzenlemesiyle 1923-1932 yılları arasında İkinci İtalya-Senüsî Savaşı yaşanmış, Sirenayka'daki gerilla savaşının sonlandırılmasıyla Libya üzerinde İtalya kontrolü tam manasıyla sağlanmıştır³². Faşist rejim daha önce Libya halkına tanınan liberal hakları reddetmiştir. Kendisini ilerleyen yıllarda İslam'ın Koruyucusu ilan eden Mussolini'nin hükümeti sömürgelerde verimli geniş devlet arazileri yaratarak İtalya'nın tarımsal kalkınma planını sömürgelere yüklemek istemiştir³³. Sirenayka'da toplama kampları oluşturulmuş, kuyular kapatılmış, sürülere el koyulmuş ve 110.000'den fazla insan zorla topraklarından çıkarılarak kamplarda zorla çalıştırıldığı için on binlerce insan burada hayatını kaybetmiştir³⁴.

Yeni tarımsal kolonizasyon programı çerçevesinde arazi haklarına ilişkin sorunlar baş göstermiştir. Sorunlar, ekilmemiş ya da az ekilmiş bozkır arazileri üzerindeki mülk veya miri arazi iddialarının tapu ile kanıtlanmadığı sürece arazilerin kamusallaştırılabileceğine yönelik kararname ile aşılmıştır³⁵. Ayrıca tahıl ekimi bölgesinde yer alıp düzenli olarak ekim gerçekleştirilmeyen ve üzerinde iyileştirme yapılmayan araziler

²⁰ MERT, s.836-844.

²¹ AHMIDA, s.29.

²² EL-KİHYA, s.46-47.

²³ CRESTI, Federico: Subjecthood, Citizenship, Autonomy, Independence? Legal Status and National Claims in the First Decade of Italian Occupation in Libya (1911–1920), Citizens and Subjects of the Italian Colonies: Legal Constructions and Social Practices, 1882–1943, Ed. Simona Berhe ve Olindo De Napoli, Routledge, New York 2022, s.26-30.

²⁴ FOWLER, Italian Colonization of Tripolitania, s.633.

²⁵ CRESTI, s.36.

²⁶ CRESTI, s.37-38.

²⁷ EVANS-PRITCHARD, s.143.

²⁸ EVANS-PRITCHARD, s.193.

²⁹ AHMIDA, s.31.

³⁰ AHMIDA, s.41.

³¹ EVANS-PRITCHARD, s.193-195.

³² EL-KİHYA, s.54.

³³ FOWLER, Italian Colonization of Tripolitania, s.636.

³⁴ AHMIDA, s.44; FITZGERALD, Mary ve MEGERISI, Tarek: Libya: Whose Land Is It?: Property Rights and Transition, Legatum Institute, London 2015, s.5.

³⁵ FOWLER, Italian Colonization of Tripolitania, s.636.

de kamusalastırılabilmiştir³⁶. Eski plan İtalyan sermayesiyle yerli işgücünün kullanımına dayalı bir sistem öngörmüştür fakat 1928'den itibaren Libya halkı mülksüzleştirilirken kamulaştırılan alanlara tesis edilen küçük çiftliklere İtalya'dan getirilen topraksız köylüler ve tarım işçileri yerleştirilmiştir³⁷. Böylece köylü kolonist ailelerden küçük toprak sahipleri yaratılmaya çalışılmıştır³⁸. İtalyan faşizminin vaadi topraksız köylüye Libya'da toprak vermektir. Bu yapılırken kamulaştırmalara dayanak olarak Osmanlı'daki miri mülkiyet rejimi gösterilmiştir. Kolonizasyon sürecinin artan maddi külfetiye sömürgeci faaliyetlerin yavaş yavaş özel kolonizasyon şirketlerine bırakılmasına ve kamulaştırılan arazilerin giderek bu şirketlere ayrılmasına yol açmıştır³⁹.

1940 yılına gelindiğinde 495.000 dönüm Libya arazisinin İtalyan köylüler ve tarım işçileri tarafından işlendiği görülmektedir⁴⁰. Yine 1940 yılına gelindiğinde İtalyanlar açısından dört tip tarımsal mülkiyet tipinden söz edilebilmektedir⁴¹:

- Çoğu 1911'den önce Libyalılardan satın alınarak kazanılan özel mülkiyet konusu mülkler,
- İşlenip küçük çiftliklere bölünmesi için devlet tarafından hibe olarak verilen mülkler,
- Küçük çiftliklere yerleştirilen ailelerin çiftlikleri üzerindeki karineye dayalı mülkiyet, hakları
- Hibe edilmeyen devlet mülkleri.

Mihver Devletlerinin ve dolayısıyla İtalya'nın II. Dünya Savaşı'ndaki yenilgisiyle Libya'daki İtalyan kolonizasyonu sona ermiş, İtalyan vatandaşları da yenilgi üzerine bölgeden büyük ölçüde tahliye edilmiştir. Savaş öncesinde Trablusgarplı ve Sirenaykalı seçkinler ile Senûsî önderleri savaştan sonra bağımsızlık tanınması şartıyla Müttefik Devletleriyle ittifak kurmuştur⁴². Savaş sonrasında Britanya, Sirenayka ve Trablusgarp; Fransa ise Fizan üzerinde kontrolünü sürdürmek istemiş fakat yerli halkın, Sovyetler Birliği'nin ve Arap devletlerinin itirazları üzerine bundan vazgeçilmiştir⁴³. Britanya Askeri İdaresi bölgede hâkim olduğu süreç içinde İtalyan vatandaşı gerçek kişilerin ve kalkınma şirketlerinin özel mülkiyet haklarını tanımış diğer İtalyan mülklerini Düşman Malları Yedd-i Eminine emanet etmiştir⁴⁴. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu 21 Kasım 1949 tarihinde Sirenayka, Trablusgarp ve Fizan'dan müteşekkil Libya'nın bağımsız ve egemen bir Devlet teşkil edeceğini, bağımsızlığının en kısa sürede ve her halükarda en geç 1 Ocak 1952'de yürürlüğe gireceğini, anayasa hazırlık çalışmalarında yardımcı olmak amacıyla bir Birleşmiş Milletler Komiseri ve beraberinde ona tavsiyelerde bulunacak bir Konsey görevlendirileceğini kabul etmiştir⁴⁵. Genel Kurul ayrıca bölgedeki İtalya Devleti mülklerinin artık Libya'ya ait olduğuna, İtalyan vatandaşlarına ait mülkler ile belirli şartlar altında çiftlik sözleşmelerinin güvence altına alındığına karar vermiştir⁴⁶. Daha önce topraklarına İtalya tarafından el koyulan Libyalı toprak sahipleri mülklerinin kendilerine geri verilmesini beklerken bu kararların alınmasından rahatsızlık duymuştur. Bu rahatsızlık Kralın arabasının yakınlarında bomba patlatılması, basına yansıyan "Emperyalistleri Kov" ve "Libya Libyalılar İçindir" gibi sloganlarda kendini göstermektedir⁴⁷.

C. Libya Krallığı ve 1951 Anayasası

Libya'nın bağımsız modern bir devlet olarak tarih sahnesine çıkmakta gecikmesinin kökenleri sınıfsal farklılıkların ekolojik ve coğrafi koşulların da etkisiyle uzlaşmaz bir noktaya gelmemesinde, gelse dahi geleneksel akrabalık ideolojisinin kabile içi bir sınıf mücadelesini bastırmasında aranabilir. Sirenayka, Trablusgarp ve Fizan temsilcilerinden müteşekkil meclis meşruiyetin kaynağını oluştursa da devletin unsurlarını genel itibarıyla doğrudan BM Genel Kurulu'nun tesis etmesi ve anayasasının hazırlanmasındaki rolü nedeniyle Kurul'un neredeyse Libya Krallığı'nın kurucu iktidarı konumunda yer aldığından söz edilebilir.

Libya Krallığı'nın kurulmasından önce 1949 yılında Sirenayka özerk yönetimi ve Sirenayka'da Emir İdris es-Senûsî'nin liderliği BM tarafından tanınmıştır. 10 Aralık 1949'da BM Libya Komiseri olarak Libya'nın demokrasiye geçişini teftiş etmekle görevlendirilen Adrian Pelt, anayasasının seçilmiş bir organ tarafından oluşturulması için çaba göstermiştir⁴⁸. Pelt başlarda anayasayı hazırlayacak Ulusal Kurucu Meclis'in ve Hazırlık Komitesi'nin seçimle gelen temsilcilerden oluşmasını istese de Britanya Askeri İdaresi altında seçimlerin demokratik niteliği tartışmalı olacağından yerel siyasi partilerin kendi içlerinde belirleyip gönderdiği temsilcilerle yetinmiştir⁴⁹.

³⁶ FOWLER, Italian Colonization of Tripolitania, s.637.

³⁷ RUSSELL, E. J.: "Agricultural Colonization in the Pontine Marshes and Libya", The Geographical Journal 94(4), 1939, s.281; SEGRE, Claudio G.: "Italo Balbo and the Colonization of Libya", Journal of Contemporary History 7(3/4), 1972, s.141.

³⁸ SEGRE, s.146.

³⁹ EVANS-PRITCHARD, s.223; SEGRE, s.150.

⁴⁰ LOBBAN Jr., Richard A. ve DALTON, Chris H.: Libya: History and Revolution, Praeger, California 2014, s.40.

⁴¹ FOWLER, G. L.: "Decolonization of Rural Libya" (Decolonization of Rural Libya), Annals of the Association of American Geographers 63(4), 1973, s.492-494.

⁴² OYENIYI, B. A.: The History of Libya, Greenwood, California 2019, s.76-77.

⁴³ OYENIYI, s.78.

⁴⁴ FOWLER, Decolonization of Rural Libya, s.496.

⁴⁵ UNGA (United Nations General Assembly) (21.11.1949): Question of the disposal of the former Italian colonies: <http://www.refworld.org/docid/3b00f08c18.html> (Erişim: 1.2.2023).

⁴⁶ UNGA (United Nations General Assembly) (15.12.1950): 5th Session, Resolution 388(V): Economic and Financial Provisions Relating to Libya (A/1775), New York.

⁴⁷ G., H.: "The United Kingdom of Libya", The World Today 8(5), 1952, s.197.

⁴⁸ KHALIDI, Ismail R.: "Constitution of the United Kingdom of Libya: Background and Summary", Middle East Journal 6(2), 1952, s.222; OYENIYI, s.77.

⁴⁹ OYENIYI, s.79.

Pelt, Ulusal Kurucu Meclis'e parlamenter ve federal bir hükümet sistemi önermiştir. Anayasa yapım süreci Libya içerisindeki çeşitli siyasi grupların uzlaşmazlıkları ve Ulusal Meclis'in anayasa hazırlamak konusundaki yetersizliği Ulusal Meclis'in Pelt'in önerilerini dikkate alarak Libya'yı federal ve parlamenter Libya Krallığı olarak kurmasına, kral olarak İdris es-Senûsi'yi kabul etmesine yol açmıştır. Anayasanın oluşturulması için bir Anayasa Komisyonu ve Çalışma Grubu oluşturulmuş yoğun çalışmaların ve görüşmelerin sonucunda Libya Anayasası Ulusal Meclis tarafından oybirliğiyle kabul edilmiş ve Libya'nın bağımsızlığı ilan edilmiştir. Kazuistik biçimde düzenlenen bu anayasaya göre devletin siyasal sistemi parlamenter irsi monarşidir, kralın geniş yetkileri olsa da kuvvetler ayrılığını sağlamaya yönelik önemli fakat pratikte yetersiz kalan mekanizmalar kurulmuştur. Parlamento, Senato ve Temsilciler Meclisi olarak iki kanattan oluşmaktadır.

Devletin federal mi üniter mi olacağı hususu üzerine çok tartışılan bir konu olmuş, çeşitli siyasal grupların federal sistemin emperyalizme hizmet edeceğine yönelik eleştirileri son kertede dikkate alınmamıştır⁵⁰. Daha önce bir bütün halinde yaşamamış Fizan, Sirenayka ve Trablusgarp halkları ulus bilincindeki eksiklik ve farklı maddi ve nesnel koşulları nedeniyle eyaletlerin kendi aralarında ve federal devlet ile uyum içerisinde işlemelerine engel teşkil etmiştir. Öte yandan anayasanın tanıdığı geniş yetkiler Kral'ın kendi Sirenaykâli çevresini federal devletin önemli pozisyonlarına taşımaya; devlet aygıtları aracılığıyla siyasi hakları, basın özgürlüğünü, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını sert biçimde ihlal etmesine yol açmıştır⁵¹. Ayrıca Libya'nın ilk seçim deneyimi olan 1952 Genel Seçimleri'ne tek parti katılmış, parti parlamentoda azınlık kalmıştır. Parlamentonun çoğunluğunu geleneksel seçkinler oluşturmuştur. Seçimlerin ardından büyük protestolar başlamış, Kral yetkilerini kullanarak siyasi partileri kapatmıştır⁵². Bu tarihten itibaren monarşi döneminde ve Kaddafi döneminde çok partili, demokratik bir seçim yapılmamıştır⁵³.

Bazı insan hakları ihlallerine rağmen Krallık Libyası'nda anayasa liberal bir anlayışla kişisel ve sosyal hakları güvence altına almıştır. Mülkiyet hakkı da anayasada düzenlenmiştir. 1951 Anayasası'nın 31. maddesine göre:

“Mülkiyet dokunulmazdır. Hiçbir mülk sahibi, kanunun öngördüğü sınırlar dışında, mülkü üzerinde tasarrufta bulunmaktan alıkonulamaz. Mülk sahibine adil bir tazminat verilmesi şartıyla kamu yararına hizmet maksadıyla ve kanunda öngörülen durum ve amaçlarla yapılan kamulaştırmalar haricinde hiç kimsenin mülkü kamulaştırılmaz”.

Bu doğrultuda çoğunluğu Trablus ve çevresinde yaşayan yaklaşık 45.000 İtalyan mülkiyet haklarının anayasal olarak korunmasına dayanarak ıslah edilmiş çiftliklerini ve pek çok araziye işletmeye devam etmiştir⁵⁴.

Libya'nın 1951'den itibaren bağımsız bir devlet olduğu iddia edilse de Krallık dönemi boyunca emperyalizm kendisini net bir şekilde göstermiştir. II. Dünya Savaşı'nın ardından British Petroleum, Royal Dutch Shell ve Standart Oil gibi petrol şirketleri Libya'da petrol arama faaliyetlerine başlamıştır. ABD ve Birleşik Krallık Libya'da tarım, sanayi ve ticarete finansman sağlamak, Libya için acil durum fonu oluşturmak gibi ekonomik yardımların karşılığında askeri üsler kurmuştur⁵⁵. Standart Oil Şirketi'nin markası Esso'nun 1959'da Libya'da yüksek kaliteli ham petrol keşfetmesiyle pek çok şirket Libya'ya girmiştir⁵⁶.

Petrol endüstrisi ilkel tarım ve göçebe hayvancılık ile uğraşan yoksul işgücünü neredeyse tamamen çekerek proleter bir sınıfı meydana getirirken Libya içinde petrol ticareti ile zenginleşen bir burjuvazi de ortaya çıkmış, sınıflar arasındaki ekonomik ve politik uçurumlar derinleşmiştir⁵⁷. Senûsi monarşisi yolsuzluk ve rüşvetle kendi ailesinin servetini artırmış ve petrol gelirlerini kendisine yakın aşiretlere daha cömert bir şekilde dağıtmış; bu sayede petrol zengini kapitalist sınıf iktidarı ele geçirmiştir⁵⁸. İtalyan yerleşimcilerin terk ettiği mülkler ve çiftlikler Libyalılar tarafından ele geçirilmiş, özellikle 1960'tan sonra özel çiftlik ve mülklerini şehirlî tüccar Libyalılara satan İtalyan vatandaşları aşamalı olarak Libya'dan göç etmeye başlamıştır⁵⁹. Yine de Libya'da kalan İtalyan azınlık en verimli tarım arazilerinden faydalanmayı ve büyük ticaret kazançları elde etmeyi sürdürmüştür⁶⁰. Kıyı kentlerinin nüfusu göç nedeniyle artarken imar faaliyetlerinin nüfus artışına yetişememesi, yönetimde belirli sermaye gruplarını zenginleştirmek için yapılan yolsuzluklar, sınıfsal uzlaşmazlıkların keskinleşmesi, ABD ve Birleşik Krallık'ın Libya'daki kontrolü küçük burjuvazide ve işçiler arasında rahatsızlık uyandırarak anti-emperyalist Arap milliyetçiliği ve Arap sosyalizmi fikirlerinin bu kitlelerde karşılık bulmasına yol açmıştır⁶¹.

Siyasi yasaklara rağmen Libya İşçi Federasyonu ile Libya Emek ve Meslek Sendikaları Federasyonu gibi çatılar altında siyasi faaliyetler sürdürülmüştür⁶². 1967 Arap-İsrail Savaşı'na destek vermek için

⁵⁰ KHALIDI, s.221-228; OYENIYI, s.81-86.

⁵¹ OYENIYI, s.90, 93.

⁵² MATTES, Hanspeter: Libya, Elections in Africa: A Data Handbook, Ed. D. Nohlen, M. Krennerich ve B. Thibaut, Oxford University Press, New York 1999, s.523.

⁵³ VANDEWALLE, Dirk: A History of Modern Libya (A History of Modern Libya), Cambridge, New York 2012, s.49.

⁵⁴ LEWIS, William H. ve GORDON, Robert: “Libya after Two Years of Independence”, Middle East Journal, 8(1), 1954, s.51.

⁵⁵ S., F.: “Libya: Seven Years of Independence”, The World Today 15(2), 1959, s.60.

⁵⁶ OYENIYI, s.94-95.

⁵⁷ OYENIYI, s.97-98.

⁵⁸ SIMONS, Geoff: Libya: The Struggle for Survival, Palgrave Macmillan, London 1996, s.168; VANDEWALLE, 2012, s.44.

⁵⁹ FOWLER, Decolonization of Rural Libya, s.506.

⁶⁰ EL-KİHYA, s.139.

⁶¹ OYENIYI, s.100.

⁶² SIMONS, s.161.

harekete geçen kitleler İngiliz ve Amerikan mülklerine saldırmıştır. Libya Öğrenci Birliği sendikalarla bağlantı kurmuş, petrol ve liman işçileri tankerleri yüklemeyi reddetmiştir⁶³.

III. KADDAFİ VE ARAP SOSYALİST HALK CEMAİRİYESİ

I. Dünya Savaşı'nın ardından Maşırık'ta dekolonizasyon süreci ve ulusal bağımsızlık sorunun güncelliği Arap milliyetçiliği fikrinin geniş kitlelerde karşılık bulmasına yol açmıştır. Arap milliyetçiliği Alman Romantizminden ve İbn-i Haldun felsefesinden (asabiyyet kavramı üzerinden) beslenen bir Arap ulusu söylemi inşa etmeye çalışmıştır⁶⁴.

1947'de Suriye'de kurulan milliyetçi Baas (Diriliş) Partisi 1953'te Sosyalist Parti ile birleşerek sosyalizmi kendi içine yedirmiştir⁶⁵. Mısır'da İslamcı-milliyetçi Müslüman Kardeşler ve sosyalist fikirlerden esinlenen devrim sonrasında sekülerleşen Hür Subaylar Hareketi, Vefd Partisi'ne ve Kral Faruk'a karşı olan muhalefetlerinde ulusal bağımsızlık noktasında uzlaşmıştır⁶⁶. Toprak sahibi sınıfı, çatısı altında toplanan burjuva nitelikli liberal Vefd Partisi emperyalist işbirliklerine girişmiştir⁶⁷. Nihayet 23 Temmuz 1952 tarihinde Cemal Abdünnasır'ın başkanlık ettiği Hür Subaylar Hareketi Mısır'da iktidarı ele geçirmiştir. Cemal Abdünnasır, Enver Sedat, Abdülhakim Amr ve Zekeriya Muhiddin tarafından kurulan örgüt, Mısır'da monarşiye son vermiş, anti-kapitalist, milliyetçi, feodalizm ve sömürgecilik karşıtı, sosyal adalet yanlısı bir çizgi benimsemiştir⁶⁸. Bankalar, bazı şirketler ve Süveyş Kanalı millileştirilmiş, hızlı endüstriyelleşme planlanmış, başta en büyük toprak sahibi olan kraliyet ailesi olmak üzere büyük toprak sahipleri mülksüzleştirilerek mülkiyet kısıtlamaları içeren tarım reformu uygulamaya koyulmuştur. Irak, Suriye ve Mısır'daki rejimler SSCB ile yakın ilişkiler kurmuştur. Bu rejimler altında büyük toprak sahibi eski egemen sınıflar mülksüzleştirilmiştir⁶⁹.

Mısırlı petrol işçilerinin, öğretmenlerin, bürokratların kitleler halinde Libya'ya yerleşerek burada çalışmaya başlaması, Libyalıların Mısır'da eğitim görmesi ve medya gibi unsurlar Nasır etkisini Libya'nın hemen her yanına yaymıştır⁷⁰. Libyalı bir subay olan Muammer Kaddafi de Nasırcılık'tan, tutarlı bir doktrinden yoksun bulunan Baasçılık'tan, Filistin Savaşı'ndan, Cezayir Ulusal Kurtuluş Cephesi gibi Afrika'daki ulusal hareketlerden etkilenmiştir. Kaddafi önderliğindeki genellikle kırsaldan gelen küçük aşiret mensubu küçük burjuva tedrisatlı askerlerin oluşturduğu Hür Subaylar Hareketi⁷¹ 1 Eylül 1969'da ciddi bir direnişle karşılaşmaksızın askeri darbeye iktidarı ele geçirmiştir. Anayasa askıya alınmış, tüm kanunlar yürürlükten kaldırılmış, İtalyanlar ve Yahudiler sınır dışı edilmiş, büyük ve güçlü kabile mensupları üst düzey görevlerinden alınıp toprakları daraltılırken Kaddafi'yi destekleyen küçük kabilelerin toprakları genişletilmiştir⁷². Kaddafi kendi aşireti olan küçük Kazâzife aşireti mensuplarını da stratejik önemi haiz askeri pozisyonlara yerleştirmekten çekinmemiştir⁷³. İktidarını dini kurumlarla ve aşiret liderleriyle paylaşmak istememiş ve bunların sahip oldukları sosyoekonomik gücü de örneğin ulemayı karşısına almak pahasına vakıf arazilerini kamulaştırarak kırmaya çalışmıştır⁷⁴. Kaddafi'nin güvenlik endişesi kendi aşireti Kazâzife başta olmak üzere Varfalla ve Magraha aşireti üyelerine yüksek mevkilerde görevler vermesi "yeniden kabileleşme"ye yol açmıştır⁷⁵.

Kaddafi üzerindeki Nasır etkisi açıkça görülebilir. Nasır üretim araçlarının tümüyle kamusallaştırılması ya da özel mülkiyetin ortadan kaldırılması taraftarı değildir; fakat ekonomide ağırlığı kamu sektörüne vermiş ve büyük toprak sahiplerinin muhalefetini bastırarak tarım arazilerinde özel mülkiyete ciddi sınırlamalar getirmiştir⁷⁶. Kaddafi ilk yıllarında iktidarı ele geçirme biçiminden liderliği sırasındaki politik eylemlerinde ve Arap milliyetçiliğinde Nasır'ı örnek almıştır⁷⁷.

Kaddafi'nin benimsediği Arap milliyetçiliğinin arka planında kabile yapılanmaları nedeniyle Libya'da geciken ulus bilinci oluşumunu düşünsel zemini hâlihazırda mevcut olan bir ideolojiye dayanarak sağlama çabası yattığı söylenebilir. Kaddafi ile Nasır'ın farklılaştığı nokta Libya ile Mısır'ın farklılaştığı

⁶³ SIMONS, s.166.

⁶⁴ TİBİ, s.183, 195.

⁶⁵ BOZARSLAN, Hamit: Ortadoğu: Bir Şiddet Tarihi Osmanlı İmparatorluğu'nun Sonundan El-Kaide'ye, Çev. Ali Berktaş, İletişim, İstanbul 2011, s.80.

⁶⁶ BOZARSLAN, s.86.

⁶⁷ GÜLER, Zeynep: Süveyş'in Batısında Arap Milliyetçiliği: Mısır ve Nasırcılık Yeni Hayat, İstanbul 2004, s.85.

⁶⁸ ABDUNNASIR, Cemal: Arap Devriminin Yöntemleri, Çev.: Mehmet Emin Bozarlan, Habora, İstanbul 1970, s.12-13.

⁶⁹ BOZARSLAN, s.130; HOURANI, Albert: Arap Halkları Tarihi, Çev. Yavuz Alogan, İletişim, İstanbul 2020, s.440.

⁷⁰ El-KİHYA, s.82-83.

⁷¹ Mısır'daki Hür Subaylar Hareketi'nin Kaddafi ve arkadaşlarını ne ölçüde etkilediği kendi örgütlenmelerine aynı ismi vermelerinden de anlaşılmaktadır.

⁷² El-KİHYA, s.86-87.

⁷³ El-KİHYA, s.170; ERDAĞ, Ramazan: Libya in the Arab Spring: From Revolution to Insecurity, Palgrave Macmillan, New York 2017, s.27.

⁷⁴ DEEB, Marius, "Radical Political Ideologies and Concepts of Property in Libya and South Yemen", The Middle East Journal 40(3), 1986, s.447; FITZGERALD ve MEGERISI, s.7.

⁷⁵ VANDEWALLE, A History of Modern Libya, s.149.

⁷⁶ MANSFIELD, s.39. Benzer şekilde Arap Baas Sosyalist Partisi Tüzüğü ve 1964 Suriye Geçici Anayasası uyarınca da özel mülkiyet tanınmakla birlikte ekonomide kamu sektörüne ağırlık verilmesi, tarım arazilerine ve küçük sanayi işletmelerine sınırlamalar getirilmesini öngörülmüştür. Bkz. JABER, Kamel A.: Arap Baas Sosyalist Partisi: Tarihi, İdeolojisi ve Örgütü, Çev. Ahmet Ersoy, Altınok, Ankara 1970, s.186-211. 1968 yılında Irak'ta iktidarı ele geçiren Arap Baas Sosyalist Partisi Irak Bölgesel Liderliği 1958'de girişilen toprak reformunun yapısını radikal biçimde değiştirerek köylülere parasız toprak dağıtmış, toprak ağalığını ve feodal ilişkileri ortadan kaldırmaya çalışmıştır. Bkz. Irak Büyükelçiliği Basın Ateşeliği: Devrimci Irak 1968-1973: Arap Baas Sosyalist Partisi'nin Sekizinci Irak Bölgesel Kongresinde Benimsenen Siyasal Rapor. Ankara 1974, s.117-118.

⁷⁷ DEEB, s.446.

toplumsal koşullarla örtüşür. Kaddafi döneminde Libya, Mısır'daki tarım reformu gibi reformları Libya'da tesis etmek için gereken ekonomik ve toplumsal temelden yoksundur. Mısır kesin sınıf uyumsuzluklarının görüldüğü özgün bir feodalizme sahip bir köylü uygarlığıken Libya büyük çaplı tarıma elverişli değildir, göçebe hayvancılık ve ticarete dayalı bir ekonomisi vardır⁷⁸.

Bir çoban çocuğu olan ve askeri okulda küçük burjuva tedarikatından geçen Kaddafi sınıf temelli bir siyasetten kaçınmıştır. Çünkü Libya'daki sınıfsal farklılıkların pek de önemli bir seviyede olmadığını düşünmüştür⁷⁹. Nitekim 1960'lara kadar Libya'da güçlü bir yerli burjuva sınıfından söz etmek güçtür. 1960'ların ortalarında açığa çıkan petrol ticaretinden kaynaklı keskin sınıf uzlaşmazlıkları da Kaddafi ve ekibinin gerçekleştirdiği darbeye budanmıştır⁸⁰.

Darbenin ardından 11 Aralık 1969 tarihinde 37 maddeden oluşan Libya Anayasası kalıcı bir anayasa oluşturuluncaya kadar devlet teşkilatlanmasının temelini ortaya koymak üzere yürürlüğe girmiştir. Konut, eğitim, sağlık ve çalışma hakkı gibi sosyal haklar anayasada güvence altına alınmıştır. Rejimin ilk yirmi yılında işçi konutu projeleri, düşük kiralarla halka tahsis edilen konutlar, kira indirimleri, kiracıların oturdukları evin sahibi olmaları, eğitim seferberliği, tarımda kullanılacak üretim araçları için faizsiz veya düşük faizli devlet kredileri gibi uygulamalarla bu hakları büyük ölçüde sağlamayı da başarmıştır⁸¹. Öte yandan bireysel hak ve özgürlükler ya tamamen anayasal güvence dışında tutulmuş ya da anayasaya girmesine rağmen sınırlı bir güvenceye alınmıştır. Örneğin ifade özgürlüğü kamu yararı ve devrim ilkeleriyle sınırlandırılmış, kamu mülkiyeti toplumsal gelişim ve refahın temeli kabul edilmiş, özel mülkiyet hakkının sömürgeci değilse korunacağı ifade edilmiştir. 1969 Anayasası'nda yapılan 2 Mart 1977 yürürlük tarihli Halkın Otoritesinin Kurulmasına İlişkin Bildiri başlıklı değişiklikle Libya Arap Cumhuriyeti'nin adı Libya Arap Sosyalist Halk Cemahiriyesi olarak değiştirilmiş, Kur'an-ı Kerim'in devletin anayasası olduğu kabul edilmiş, Yeşil Kitap'ta kuramsallaştırılan Halk Kongreleri, Halk Komiteleri, Meslek Birlikleri ve Genel Halk Kongresi'nden oluşan teşkilatlanma anayasal zemine oturtulmuştur.

Kaddafi, Evrensel Üçüncü Teorisini veya Üçüncü Devlet Nazariyesini Yeşil Kitap'ta özetlemiştir. Bu teori bir sosyalizm vaat etmekte fakat bilimsel değil dini bir temele, anti-empyalist, sosyal adalet yanlısı bir İslam yorumuna dayanmaktadır; Marksizm'e, Leninizm'e, Sovyetler Birliği'ne ve komünizme karşıdır. Kaddafi'nin sosyalizmi bir üretim tarzı değil bir yeniden dağıtım formülüdür. Ona göre tarihin motoru sınıf mücadelesi değil din ve milliyettir⁸². Yeşil Kitap Kaddafi diktatörlüğü altında anayasal nitelikte bir metin olarak kabul edilebilir. Kaddafi'nin Yeşil Kitap'taki düşüncesine göre demokrasi halkın otoritesidir, halkın temsili, yani temsilcilerin otoritesi değildir⁸³. Sözde demokratik parlamenter rejimlerde milletvekilleri yalnızca kendi partilerini temsil ederek halkın otoritesine el koyar⁸⁴. Siyasal partiler çağdaş dikta rejiminin araçlarıdır, partiler iktidar mücadelelerinde halk açısından yıkıcıdır, halkın yalnızca bir bölümünü temsil ederler ve halk adına egemenlik sürdürürler; oysa halkın egemenliği bölünmez bir bütündür ve halka vekâlet olmaz⁸⁵. Kaddafi'ye göre gerçek demokrasi Temel Halk Kongrelerinin, Halk Komitelerinin ve Genel Halk Kongresinin yönetimi ile sağlanır⁸⁶. Dolayısıyla Libya'da siyasal partiler yoktur ve politikaları halk kongreleri uygular⁸⁷. Pratikteyse esas siyasal karar merci Kaddafi'nin kendisi olmuştur. 1973'te kurulan Halk Komiteleri muhalifleri saf dışı bırakmak ve üyelerin zenginleşmelerini önlemek için sürekli tasfiye edilmiş, yerini önce Devrim Komitelerine, ardından İdeoloji Komitelerine, son olarak da Arınma Komitelerine bırakmıştır⁸⁸. Devrim Komuta Konseyi ile komitelerden oluşan "devrimci sektör" ve seçimle gelmekle birlikte faaliyetleri Kaddafi'nin genel sekreteri olduğu Genel Halk Kongresi tarafından düzenlenen "yönetici sektör"den müteşekkil ikili politik sistem Kaddafi'nin devrilmesine dek sürmüştür⁸⁹.

Kaddafi'ye göre iktidarın arzusu ve çıkarı doğrultusunda dönüşen yapay bir temel kanun olarak anayasanın geçerliliği onun din ve gelenek gibi birtakım doğal ve toplumsal dayanaklara yaslanmasına bağlıdır. Toplum iktidarın yasasına göre değil, iktidar toplumun yasasına göre hareket etmelidir⁹⁰. Kaddafi bu anlayışla esasen anayasanın kendini sınırlamasına izin vermeyeceğini ortaya koymuştur. Bu anlamda Kaddafi dönemindeki anayasalar ve anayasal nitelikteki belgeler sözde anayasa olmanın ötesine geçememiştir.

Mülkiyet konusunda, Kaddafi'ye göre özel mülkiyet, toplumun sömürü ile bozulmasından önce ona yön veren "doğal kurallar"ı aykırıdır⁹¹. Sömürüye varan özel mülkiyet, kişisel mülkiyet ve sosyalist mülkiyet şeklinde üç çeşit mülkiyetten söz edilebilir. Sosyalist toplumda insanın tüm ihtiyaçları doğal olarak onun kişisel mülküdür ve güvence altına alınır. Üreticilerin ürettikleri mala ortak olmaları ise sosyalist mülkiyete

⁷⁸ El KUDSİ, Ahmet: Arap Dünyasında Milliyetçilik ve Sınıf Mücadelesi, Çev. Orhan Koçak, Köz, İstanbul 1975, s.9-11; MANSFIELD, s.9.

⁷⁹ DEEB, s.447-448.

⁸⁰ DEEB, s.457.

⁸¹ PRASHAD, Vijay: Arap Baharı, Libya Kışı (Arap Baharı), Çev. Şükrü Alpagut, Yordam, İstanbul 2012, s.117-118.

⁸² BAYIK, Hüdaî: Kaddafi, Nur, Ankara 1973, s.40; KADDAFİ, Muammer: Görüşlerim (Görüşlerim), Çev. Mehmet Keskin, Hareket, İstanbul 1974, s.105.

⁸³ KADDAFİ, Muammer: Yeşil Kitap (Yeşil Kitap), Libya Halk Bürosu Yayınları, 1975, s.5.

⁸⁴ KADDAFİ, Yeşil Kitap, s.6-7.

⁸⁵ KADDAFİ, Yeşil Kitap, s.10-14.

⁸⁶ KADDAFİ, Yeşil Kitap, s.24-26.

⁸⁷ El-KİHYA, s.28.

⁸⁸ El-KİHYA, s.29.

⁸⁹ SUNE, s.305.

⁹⁰ KADDAFİ, Yeşil Kitap, s.28-32.

⁹¹ KADDAFİ, Yeşil Kitap, s.45.

karşılık gelir⁹². Kaddafi üreticinin yaptığı üretim karşılığında maaş olarak ücret almasından değil üretim unsurlarının üretimden hisse almasından, “tüketimin ancak üretkenlerin hakkı” olmasından yanadır. Zira bunun aksi köleliktir⁹³. Kaddafi kamu mülkiyetinin tek başına kendi sosyalist mülkiyet anlayışıyla örtüşmediğinin bilincindedir. Bu doğrultuda sosyalist mülkiyeti sağlamak, yani işçileri üretim sürecinde ortak kılmak için önce 1973 yılında yıllık kârı 4.000 Libya dinarını aşan işletmelerde kârın işçilerle paylaşılmasını öngören bir kanun çıkartılmıştır. Ardından Kaddafi 1 Eylül 1978’de yaptığı bir konuşmada, işçileri özel ve kamu işletmelerini devralmaya çağırarak, Aralık 1978 itibarıyla 180 işletme işçi komitelerinin yönetimine girmiştir. Fabrika yönetiminin işçilere bırakılması işçilere grev hakkı tanınmamasının gerekçesini oluşturmuştur.

Tarım arazilerine gelince, Libya’da tarımla uğraşan nüfusun azlığı ve ekili alanların azalma göstermesi arazilerin kamulaştırılması ya da toprak reformu yapılması yerine toprağı ekenin toprak üzerinde intifa hakkı kazandığı bir mülkiyet rejimine yol açmıştır⁹⁴. Kaddafi öncesinde İtalyanlara veya Senüsi ailesine ait olan araziler çiftçilere dağıtılarak çiftliklerden kâr elde edene kadar kendilerine maaş bağlanmıştır⁹⁵. Böylesi bir mülkiyet rejimi kaçınılmaz olarak geleneksel liderlerin gücünü zayıflatmıştır⁹⁶. Sınıf bilinci yaratmasa ve doğrudan sınıf siyasetinin karşısında yer alsın da sınıflar arasındaki eşitsizlikler mülkiyet rejimiyle asgariye indirilmiştir⁹⁷. Mülkiyeti sınırlandırmanın meşruiyeti Kur’an-ı Kerim’de aranmıştır. Kaddafi’nin yaptığı gibi sosyalist bir yorumla bakıldığında metnin anti-kapitalist, yoksulluk karşıtı, emekçi yanlısı mahiyeti gereği devlet, bir mülkiyet ilişkisinin sömürüye yol açtığını tespit ederse bireyi ilgili mal üzerindeki mülkiyetinden men edebilir veya bireyin mal üzerindeki mülkiyetini sınırlandırabilir⁹⁸. Malı topluma zarar verecek dereceye vardığında mallarının bir kısmı müsadere edilir. Bireyin mülkiyet hakkı başkalarına zarar verecek dereceye vardığında mallarının bir kısmı müsadere edilerek mülkiyet hakkına müdahale edilir⁹⁹.

1986 yılında çıkan bir yangınla tapu sicilleri ve mülkiyet kayıtları yanmıştır. Yangın kimilerince Kaddafi’nin toprak mülkiyeti üzerindeki aşiret kavgalarını bastırmak ve yetişkin bir erkeğin sadece bir konuta veya üzerine bir konut dikilebilecek ölçüde bir araziye sahip olabileceğini öngören 4 sayılı Kanun’u “Sosyalist Emlak Sicili” uygulamasıyla tam manasıyla yerine getirmek için bulduğu bir çözüm olarak değerlendirilmiştir¹⁰⁰. Uygulama mülk sahipliğine dayalı bir sınıf farklılaşmasının budanmasını sağlamıştır.

Özel sektörün varlığına sadece Libyalılar tarafından kurulmaları şartıyla izin verilmiş fakat faaliyet alanı daraltılmış; petrol, doğalgaz, maden ve büyük endüstri tesislerinin işletilmesi Devlet tarafından gerçekleştirilmiştir¹⁰¹. Bu kapsamda yabancı petrol şirketleri millileştirilmiş, 1960 yılından beri sabit tutulan petrol fiyatları da yükseltilerek petrol ihracatından elde edilen gelir arttırılmıştır¹⁰².

Kaddafi’nin, geliri büyük ölçüde petrol ihracatına bağımlı olan Libya’da izlediği sosyalist politikalar 1980’lerdeki küresel resesyon ve devamında küresel çaplı neoliberalleşme dalgasından etkilenerek dönüşmüştür. Yüksek petrol gelirlerine rağmen geniş halk kitlelerinin refah düzeyinin düşük olması memnuniyetsizliğe yol açarken Mart 1987’de Kaddafi “Devrim İçinde Devrim” sloganıyla ekonomik ve politik liberalleşme yönünde reformlar yapılacağını duyurmuştur¹⁰³. Böylece Mısır’da olduğu gibi Libya’da da bir *infıtah* (açılım) programı izlenmeye başlamıştır. Devletin ithalat ve ihracat tekeli kaldırılmış, daha önce devlet mülkiyetine alınan pek çok işletme özelleştirilmiş, özelleştirmeler sırasında Kaddafi’ye yakın sermaye grupları ve Kaddafi’nin kendi ailesi zenginleşmiş, haczedilmiş taşınmaz mülkler belirli gruplara devredilmiştir¹⁰⁴. 2000’li yıllar boyunca IMF önerileri dikkate alınmış, devalüasyon ilan edilmiş, yabancı sermayeyi ülkeye çekmek için yapısal reformlar gerçekleştirilmiştir¹⁰⁵. Bu sayede yabancı petrol ve silah şirketleri ile yabancı finans kurumları ülkeye girerek ciddi kazançlar sağlamıştır. Bu yıllarda Kaddafi’nin ilk oğlu Seyfülislam Kaddafi açıklamalarında özel mülkiyet hakkına, serbest piyasaya ve deregülasyona göndermeler yaparak neoliberalleşme yanlısı bir söylemin, tasarladığı neoliberal reformlar hakkında attığı somut adımların arkasında kardeşleriyle birlikte büyük servetler elde etmiştir¹⁰⁶. Devrim, gücünü kırdığı burjuvaziyi bu noktadan itibaren ve yaptığı devrim olarak pazarlayarak güçlendirmiştir. Fakat Kaddafi ve ailesinin otoriter keyfiyeti, güçler ayrılığının ve serbest piyasa için güvenli hukuki üstyapının sağlanmaması ve petrol ihracatı süreçlerindeki kaprisli tutumu yabancı sermayenin Libya’daki çıkarlarıyla mahiyeti gereği çelişmiştir¹⁰⁷.

⁹² KADDAFİ, Yeşil Kitap, s.60-61.

⁹³ KADDAFİ, Yeşil Kitap, s.43-45.

⁹⁴ DEEB, s.451.

⁹⁵ VANDEWALLE, A History of Modern Libya, s.87.

⁹⁶ DEEB, s.450.

⁹⁷ DEEB, s.457.

⁹⁸ BAYIK, s.48; KADDAFİ, Görüşlerim, s.84.

⁹⁹ KADDAFİ, Görüşlerim, s.87.

¹⁰⁰ FITZGERALD ve MEGERISI, s.8.

¹⁰¹ BAYIK, s.93.

¹⁰² BAYIK, s.98-99.

¹⁰³ VANDEWALLE, Dirk: “Qadhafi’s ‘Perestroika’: Economic and Political Liberalization in Libya”, Middle East Journal 45(2), 1991, s.221.

¹⁰⁴ ASSAF, Simon: “Libya at the crossroads”, International Socialism (13), <http://isj.org.uk/libya-at-the-crossroads/> (Erişim: 7.2.2023).

¹⁰⁵ VANDEWALLE, A History of Modern Libya, s.183.

¹⁰⁶ PRASHAD, Arap Baharı, s.144-152; VANDEWALLE, A History of Modern Libya, s.187.

¹⁰⁷ SUNE, s.307.

IV. KADDAFİ SONRASI LİBYA

Arap dünyasındaki işsizlik, yoksulluk, eşitsizlik, yolsuzluk, otoriterlik gibi nedenlerle siyasi rejimlere karşı duyulan memnuniyetsizlik 2010 yılının sonlarında pek çok devlette Arap halklarının ayaklanmasına yol açmıştır. Arap Baharı olarak nitelendirilen olaylar beraberinde kimi bölgelerde hâlâ süren istikrarsızlık ve iç savaşları getirmiştir.

Olaylar Libya'ya Trablus'taki işçilerin ayaklanmasıyla ve 15-17 Şubat 2011'de Bingazi, El Bayda, Ez Zintan ve Derne'ki protestolarla başlamış fakat farklı taleplerle farklı halk kitlelerinin eklenmesiyle genişlemiştir. Protestolara karşı Kaddafi yönetiminin silahlı müdahalesi katliam olarak nitelendirilmiştir¹⁰⁸. Libya'yı Bahreyn, Mısır, Tunus ve Yemen'den ayıran husus, diğerlerinin devrimi neoliberalizmden ve/veya emperyalizmden kurtuluş amacı taşıırken Libya'daki ayaklanmaların devrimciliği ve sosyalistliği yozlaşmış olmasına rağmen emperyalizm ve neoliberalizm karşısında küresel bankacılığa aykırı merkez bankası ve petrolü dolarla değil altın dinarla ihraç etme niyeti nedeniyle muhalif duran bir iktidarı hedeflemesidir¹⁰⁹.

Olaylar hızla Kaddafi rejimi yanlıları ile muhalifler arasında bir iç savaşa dönüşmüştür. Rejim altında on yıllardır kinlenmiş bulunan Sirenayka'nın güçlü aşiretlerini de içine alan muhalifler çok kısa sürede, 21 Şubat 2011'de Bingazi'yi ele geçirmiştir. Kaddafi, bu süreçte Varfalla gibi eski müttefik kabilelerin desteğini de yitirmiştir¹¹⁰.

2 Mart tarihli Ulusal Geçiş Konseyi Deklarasyonu ile kendisini Libya halkının meşru temsilcisi olarak açıklamayan Libya Ulusal Geçiş Konseyi (UGK) uluslararası müdahale çağrısı yapmış, BM Güvenlik Konseyi'nin 17 Mart'ta aldığı uçuşa yasak bölge ilanının ardından Fransa liderliğindeki koalisyon güçleri hava müdahalesine başlamıştır¹¹¹. Mart ayında Ulusal Geçiş Konseyi'nin Kuruluş Bildirgesi ve Demokratik bir Libya Vizyonu açıklanmış ve metinlerde Libya'da liberal bir demokrasinin tesisi ana hedef olarak kendisini göstermiştir¹¹². NATO'nun hava müdahalesine başladığı gün UGK'nin gündemi Libya'da para politikalarında yetkili otorite olacak Bingazi Merkez Bankası'nın kurulması ve Libya'daki petrol üretimi ile petrol politikalarında denetim otoritesi olarak Libya Petrol Şirketi'nin kurulmasıdır¹¹³. Bu vesileyle kurulan AGOCO petrol şirketinin sözcüsü "İtalya, Fransa ve Birleşik Krallık gibi Batılı ülkelerin şirketleriyle bir sorunumuz yok fakat Rusya, Çin ve Brezilya'yla siyasi sorunlarımız olabilir" şeklinde açıklama yapmıştır¹¹⁴. Üyelerinin çoğu mülksüzleştirilmiş eski toprak sahibi ailelerden gelen UGK Libya'nın kapılarını yabancı sermayeye açmak için gerekli reformları yapmayı ve hukuki üstyapıyı hazırlamayı vaatmiştir. Dolayısıyla Kaddafi sonrası Libya pek çok yabancı şirket açısından yeni bir kazanç merkezi olarak görülmüştür.

UGK Ağustos 2011'de Libya Geçici Anayasal Bildirgesi'ni ilan etmiştir. 22 Ağustos'ta Trablus muhalifler tarafından ele geçirilmiş, kaçan Kaddafi 20 Ekim'de Sirte'de yakalanarak öldürülmüştür. BM, Libya'nın kuruluşunda aldığı rolün ardından bu kez dolaylı olarak ülkedeki rejim değişimine de müdahil olmuştur. Neticede Birinci Libya İç Savaşı Kaddafi, Libya Silahlı Kuvvetleri'nin ve Kaddafi destekçilerinin yenilgisiyle sona ermiştir.

IMF, UGK'ye turizm potansiyelinin geliştirilmesi, kamu hizmetlerinin daraltılması ve devlet sektöründeki maaşların kısıtlanması önerilerinde bulunmuştur. İşsizlik artmış, devrimden umduğunu bulamayan AGOCO petrol işçileri greve çıkmıştır¹¹⁵. Vijay Prashad işçilerin fedakârlıklarıyla kurulan yeni rejimin işçiler için hayal kırıklığı olurken liberaller yararına Batı tarafından yapılmış bir rejim değişikliği olduğu fikrini "Libya'nın Kışı" veya "Çalınan Devrim" olarak nitelendirmiştir.

UGK yeni liberal rejimin tesisinin üstyapısını sağlamak için hızlı bir kanunlaştırma faaliyetine girmiştir. Bu kanunlaştırma aynı zamanda eski rejimle hesaplaşmayı içermektedir. Mayıs 2012'de Tiranları Yüceltmenin Suç Sayılmasına İlişkin 37 sayılı Kanun yürürlüğe girmiştir. Kanuna göre Muammer Kaddafi'yi, onun rejimini, fikirlerini ve çocuklarını övmek, yüceltmek, doğru göstermek ajitasyon propagandası sayılarak eylemi gerçekleştiren hakkında hapis cezasına hükmedilir. Bu yöndeki haber, bilgi, söylenti veya propagandanın ülkeye zarar vermesi hâlinde ceza müebbet hapis olacaktır. 17 Şubat Devrimi'ne zarar verecek herhangi bir şey ifade eden kişi hakkında da hapis cezasına hükmedilir. Bazı Kişilere Ait Mülk ve Mal Varlıklarının Yönetimi Hakkında 2012 tarihli ve 36 sayılı Kanun ise Kaddafi ailesinin ve Kaddafi rejiminde aktif rol alan zenginlerin mal varlıklarına kayyım atanmasını, kayyımın Adalet Bakanı'nın yazılı izniyle malvarlıkları üzerinde tasarrufta bulunabileceğini, sınai ve ticari işletmeleri tasfiye edebileceğini öngörmüştür. Hakkında bu kanunun uygulanabileceği kişiler 47 sayılı Kanun ile daha da genişletilmiştir. Siyasi Teşekküllere Yönelikler Düzenlemeler Hakkında 2012 tarihli ve 30 sayılı Kanun siyasi teşekküllerin kabile, bölge, ırk veya dil temelinde kurulmasını, askeri oluşumlar tesis etmesini, şiddet

¹⁰⁸ ERDURMAZ, Serdar: Libya: Arap Baharının Solan Yüzü, Berikan, Ankara 2012, s.20-26.

¹⁰⁹ BROWN, Ellen: "Why they killed Gaddafi", iai News: <http://iai.tv/articles/why-they-killed-gaddafi-auid-1757> (Erişim: 7.2.2023); COCKBURN, Alexander: "What's Really Going on in Libya?", Counterpunch: <http://www.counterpunch.org/2011/04/15/what-s-really-going-on-in-libya/> (Erişim: 7.2.2023); PRASHAD, Arap Baharı, s.18-19.

¹¹⁰ SETA: İsyân, Müdahale ve Sonrası: Libya'da Dönüşümün Sancıları, 2011, s.20-21.

¹¹¹ ERDAĞ, s.30.

¹¹² PRASHAD, Arap Baharı, s.212.

¹¹³ COTTERILL, Joseph: "The Central Bank of Benghazi", 2011, Financial Times: <http://www.ft.com/content/2be33842-d162-30e6-bb90-98e405724e6b> (Erişim: 8.2.2023).

¹¹⁴ KOVALYOVA, Svetlana ve FARGE, Emma: "ENI leads Libya oil race; Russia, China may lose out", 2011, Reuters: <http://www.reuters.com/article/us-libya-oil/eni-leads-libya-oil-race-russia-china-may-lose-out-idUSTRE77L5JR20110822> (Erişim: 8.2.2023).

¹¹⁵ PRASHAD, Vijay: Ulusun Ölümü ve Arap Devriminin Geleceği (Arap Devriminin Geleceği), Çev. Senem Erdoğan, Yordam, İstanbul 2017, s.170-171.

kullanmasını yasaklamıştır. Kanun Libya'daki aşiret gerçekliğiyle ve bölgedeki Müslüman Kardeşler gibi hâkim ve aktif İslamcı hareketler ile kesin bir çelişki içinde saf bir liberalizm öngörmüştür¹¹⁶.

Kaddafi rejiminin düşmesi mülkiyet tartışmalarını beraberinde getirmiştir. Yeni rejimin ilk işlerinden biri mülkiyet haklarına öncelik vermektir. Kaddafi'nin 1970'te Bazı Mal Varlıklarının Devlete İadesi Hakkında Kanun ile kamulaştırdığı Yahudi mülklerinin¹¹⁷, "1978 tarihli 4 sayılı Kanun" ile her yetişkin erkeğin mülk hakkını bir konut veya üzerine bir konut inşa edilecek arazi ile sınırlandırıp fazlasına konut ihtiyacı duyan vatandaşlara tahsis etmek üzere el konulan taşınmazların¹¹⁸ akıbeti tartışmaya açılmıştır.

1978 tarihli Kanun ile arazileri kamulaştırılan Libya'lıların bazıları eski rejim döneminde kaybettikleri mülkleri almak için şiddete başvururken Tiran'ın Yönetiminden Zarar Gören Mal Sahipleri Derneği gibi hukuki reform için örgütlenenler 2014'te mülklerin iadesi ve hak kayıplarının tazmini hususunda bir kanun tasarısının Temmuz 2012 seçimleriyle göreve başlayan Libya Genel Ulusal Kongresi'ne gelmesini sağlamıştır. Malikler ayrıca Baş Müftü Şeyh Sadık el-Gıryani'ye başvurarak özel mülkiyet haklarının korunmasını şeriat hükümleriyle desteklemeye çalışmıştır. Nitekim 2011 Geçici Anayasa Bildirgesi şeriatı yasamanın birincil kaynağı kabul etmektedir. El-Gıryani hükümeti mülklerin asıl sahiplerine iadesi için hukuki düzenleme yapmaya çağırın bir fetva vermiştir¹¹⁹. Daha önce mülklerin kamulaştırılmasına dayanak gösterilen şeriat bu kez mülklerin bireylere iadesine gerekçe gösterilmiştir. Kongre ayrıca hâlâ anayasal monarşi hasreti çeken Senûsi ailesinin mülklerinin tespiti ve mirasçılara iadesi hakkında inceleme başlatmıştır¹²⁰.

Kongre, Haziran 2014 seçimlerinde anayasaya aykırılık olduğu gerekçesiyle görevi meşruiyetini tanımadığı Temsilciler Meclisi'ne devretmeyi reddetmiştir. Siyasal İslamcı bir koalisyon olan Fecr-i Libya (Libya'nın Şafağı) Trablus'u ele geçirerek Kongre'yi burada sürdürmüştür. BM vasıtasıyla Aralık 2015'te Genel Ulusal Kongre ile Temsilciler Meclisi arasında imzalanan antlaşma iki tarafa da siyasal güçler vererek bir Ulusal Mutabakat Hükümeti'ni öngörmüşse de pratikte bir mutabakat söz konusu değildir. An itibarıyla Libya'da; Trablus'ta Genel Ulusal Kongre'nin yerine kurulan Yüksek Danıştay, BM öncülüğündeki Libya Siyasi Diyalog Forumu tarafından 2021'de seçilen ve Kaddafi'nin son yıllarında kamu sektörüne ait bir inşaat şirketinin başında büyük servetler edinen Abdulhamid Dibeybe başbakanlığındaki Ulusal Birlik Hükümeti ve Tobruk'ta Halife Hafter'in silahlı kuvvetleriyle desteklediği ve liberallerin çoğunlukta olduğu Temsilciler Meclisi içinden çıkan hükümetten oluşan bir yapı mevcuttur.

Ülkenin doğusunda hâkim bir güç olan ve çoğu petrol sahasını ve limanını elinde tutan Hafter'in Libya Arap Silahlı Kuvvetleri bir aile şirketi gibi işlemekte, Hafter'in aile üyelerince yönetilmekte ve aşiret bünyesinde tekelleşmiş yasadışı faaliyetlerle finanse edilmektedir. Batı'daki milisler ise kendi müttefiklerini ve müşterilerini Batı'daki yönetimin çeşitli kademelerine yerleştirmeyi başarmıştır. Ülke genelinde bir istikrar sağlanamadığı hâlde genel olarak devlet görevlileri, iş insanları ve milis liderlerinden oluşan ve yasadışı yollarla zenginleşen bir yönetici sınıf ortaya çıkmış durumdadır. Zenginleşen yönetici sınıf Batı'da satın alarak, Doğu'da el koyarak mülkler elde etmiştir¹²¹.

Kongre 2015'te 1978 tarihli Kanun'u geriye dönük olarak yürürlükten kaldıran, mülklerin iadesi ve iade mümkün değilse adil bir tazminat ödenmesi gibi hükümler içeren bir kanun çıkartmıştır. Suliman İbrahim'in ifade ettiği gibi "büyük mülk sahiplerine tam tazminat ödenmesi ya da mülklerinin tamamen iade edilmesi son derece zengin bir mülk sahibi elit kesimi yeniden ortaya çıkaracaktır"¹²². Taşınmazların olduğu gibi iade edilmesi büyük bir evsizlik sorununa yol açacaktır. En azından şimdilik 2014'te patlak veren İkinci Libya İç Savaşı nedeniyle gerek Kongre'nin (artık Yüksek Danıştay) tartışmalı meşruiyeti gerek icra kabiliyetinin fiilen bulunmaması özel mülkiyete ilişkin çıkartılan kanunların uygulanamamasına yol açmaktadır¹²³. Dolayısıyla Libya üzerinde meşru bir şiddet tekelinin tam hâkimiyeti sağlanamamışken özel mülkiyete ilişkin oturmuş bir rejimden söz etmek mümkün değildir. Ne var ki 2011'den beri karşılaşılan ekonomi-politiği somutlaştıran anayasal gelişmeler ve diğer hukuki gelişmeler eskisinin aksine liberal bir mülkiyet anlayışının hâkim olacağı doğrulamaktadır.

2011 Geçici Anayasa Bildirgesi kişisel ve özel mülkiyeti devlet garantisi altına almış (8. mad.), özel mülkiyetin korunacağını, kanuni sınırlar dışında hiçbir malikin mülkü üzerinde tasarrufta bulunmasının engellenemeyeceğini hükme bağlamıştır (16. mad.). Keza Anayasa Taslağı Meclisi 2014 yılında Komite Önerisi 6. Bölümünde özel mülkiyet hakkının dokunulmazlığı ve peşin ödenen adil bir tazminat karşılığı kamu yararına kamulaştırılabileceğini öngörmüştür¹²⁴. 2015 yılında taslağa yapılan eklemeye malikler ile zilyetler arasında bir denge kurulmaya çalışılmıştır. Buna göre taşınır ve taşınmaz malları ellerinden alınan asıl malikin iade ve tazminat talepleri zilyedin maddi durumu ve mülke eklenen yapıların durumu göz önünde

¹¹⁶ PRASHAD, Arap Devriminin Geleceği, s.161.

¹¹⁷ FISCHBACH, Michael R.: "Jewish Property Claims and Post-Qaddafi Libya", Middle East Report, The Art & Culture of the Arab Revolts, Summer 2012, s.44-45, 48.

¹¹⁸ İBRAHİM, Suliman: "Property Claims in Post-Gaddafi Libya: Political Debates and Justice Seeking in the Aftermath of Law 4/1978", Hague J Rule Law 9, 2017, s.136, 138.

¹¹⁹ FITZGERALD ve MEGERISI, s.18.

¹²⁰ COUSINS, Michel: "Nationality to be given back to royal family; property to be assessed", 2020, LibyaHerald: <http://www.libyaherald.com/2014/03/nationality-to-be-given-back-to-royal-family-property-to-be-assessed/> (Erişim: 9.2.2023).

¹²¹ LACHER, Wolfram: "Libya's New Order", Sidecar/New Left Review: <http://newleftreview.org/sidecar/posts/libyas-new-order> (Erişim: 9.2.2023).

¹²² İBRAHİM, s.154.

¹²³ İBRAHİM, s.137.

¹²⁴ CDA (Constitutional Drafting Assembly): Committee Proposal on Chapter 6: Rights and Liberties, 2014, <http://security-legislation.ly/law/32908> (Erişim: 8.2.2023).

tutularak ele alınacaktır¹²⁵. Son hâlini 2017 yılında alan taslak hâlen kabul edilmemiştir. Fakat genel eğilim ülke genelinde bir istikrar sağlandığında Kaddafi'nin mülkiyet rejimine dönüşün söz konusu olmadığını, Libya'nın içerisinde geçtiği toplumsal, ekonomik ve politik koşulların sonucu olarak sosyalist veya sosyal bir mülkiyet rejiminden ziyade zenginleşen yönetici sınıfın egemenliğinde liberal bir mülkiyet rejiminin tesisinin daha net bir biçimde sağlanacağını göstermektedir.

V. SONUÇ

Mülkiyet rejimleri ile siyasal rejimlerin birbirlerini karşılıklı olarak etkilediklerinin bir örneğini Libya üzerinden gözlemlemek mümkündür. Mülkiyet rejimleri ile siyasal rejimler arasında doğrudan bir ilişki vardır ve siyasal rejim değişikliklerinin altında mülkiyet rejimi temel belirleyiciler arasında yer alır. Bu durum kendisini Libya'da da göstermiştir. Osmanlı İmparatorluğu döneminde bölgede tarımsal ıslah olmaması, geçimin göçebe hayvancılık ve ticaret üzerinden sağlanması nedeniyle büyük topraklar temellük edilmemiştir. Taşınmazlar üzerinde özel mülkiyet sınırlı bölgelerde ve küçüktür. İç bölgelerdeki geniş arazilerde kolektif mülkiyet yaygındır. Fakat yabancıların arazi ve emlak satın almasına ilişkin yasağın kaldırılması, İtalyanların satın alma veya ipotek yoluyla geniş arazilere el koyması ve İtalya'nın endüstriyelleşirken Libya'da tarımsal koloni kurma planları rejim değişikliğine yol açmıştır. Pek çok dokunulmaz kabul edilen arazi faşizm döneminde tarım amacıyla kamulaştırılabilmemiş, Libyalılar mülksüzleştirilirken İtalyan köylüler ve tarım işçileri bu arazilere yerleştirilmiştir. II. Dünya Savaşı sonrası Libya'nın bağımsızlığı tartışılırken İtalyan vatandaşlarına ait mülklerin korunması BM'nin gündeminde yer almış, Libya anayasası liberal bir anlayışla özel mülkiyeti korumuştur. İtalyanların hâlâ ülkelerindeki çoğu verimli araziye kontrol ediyor olması Libyalılar tarafından tepkiyle karşılanmıştır. Farklı toplumsal problemlerin bir arada tezahür etmesiyle derinleşen mevcut toplumsal hoşnutsuzluk ve Arap sosyalizminin etkisi Kaddafi rejimini yaratmıştır. Rejim özel mülkiyete ilişkin ciddi sınırlamalar öngörmüştür. Kamu mülkiyetine ağırlık vermiştir. Kısmen sosyalist bir eğilim izleyen rejim mülk sahipliğine dayalı bir sınıf farklılaşmasını önlemiştir. Rejimin son yıllarında neoliberal reformlar yürürlüğe koyulmuş, yöneticiler ve yakınları petrol gelirleri ve inşaat sektörü gibi kanallarla zenginleşmiştir. Mülkiyet sorunu bu rejimin devrilmesinde de bir etken olarak ortaya çıkmış, Kaddafi döneminde mülklerine el koyulanlar hukuki yollarla veya şiddet yoluyla önceden kendilerine ait olan mülkleri geri almaya çalışmışlardır. Taşınmazların eski maliklerine olduğu gibi iade edilmesi veya yüklü tazminatların beklenmesi büyük mülk sahibi bir sınıfı yeniden ortaya çıkartacağı gibi geniş kitleler açısından evsizlik ve yoksulluk problemini beraberinde getirecektir. Öte yandan iç savaş sırasında çoğu yasa dışı yollarla zenginleşmiş yeni toplumsal gruplar büyük mülk edinmeye devam etmektedir. Libya'nın tamamı üzerinde meşru bir şiddet tekelinin tam hâkimiyetinin sağlanamamış olması özel mülkiyete ilişkin oturmuş bir rejimden söz edilmesini engellemektedir. Yapılmaya çalışılan yasal düzenlemeler tam manasıyla uygulanamamakla birlikte yabancı yatırımcıya güven verecek şekilde liberal bir eğilim göstermektedir. Fakat yasal düzenlemelerin tam manasıyla uygulanamamasının hâlihazırda çeşitli sermaye gruplarının çıkarlarıyla örtüştüğü söylenebilir. Nitekim Libya'nın içerisinde bulunduğu siyasal karmaşa, karmaşadan faydalanan yeni toplumsal grupların mülk edinmelerini sağlamışken karmaşanın kendisi gerek emperyalizm gerek yerelde zenginleşen sınıf için kullanışlı bir rejim(sizlik) sağlamaktadır.

¹²⁵ İBRAHİM, s.155.

KAYNAKÇA

- ABDUNNASIR, Cemal: Arap Devriminin Yöntemleri, Çev.: Mehmet Emin Bozarslan, Habora, İstanbul 1970.
- AHMİDA, A. Abdullatif: Forgotten Voices: Power and Agency in Colonial and Postcolonial Libya, Routledge, New York 2005.
- ASSAF, Simon: "Libya at the crossroads", International Socialism (13), <http://isj.org.uk/libya-at-the-crossroads/> (Erişim: 7.2.2023).
- BAYIK, Hüdayi: Kaddafi. Nur, Ankara 1973.
- BOZARSLAN, Hamit: Ortadoğu: Bir Şiddet Tarihi Osmanlı İmparatorluğu'nun Sonundan El-Kaide'ye, Çev. Ali Berktaş, İletişim, İstanbul 2011.
- BROWN, Ellen: "Why they killed Gaddafi", iai News: <http://iai.tv/articles/why-they-killed-gaddafi-auid-1757> (Erişim: 7.2.2023).
- CDA (Constitutional Drafting Assembly): Committee Proposal on Chapter 6: Rights and Liberties, 2014, <http://security-legislation.ly/law/32908> (Erişim: 8.2.2023).
- CİN, Halil: Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması, Kültür Bakanlığı, Ankara 1978.
- COCKBURN, Alexander: "What's Really Going on in Libya?", Counterpunch: <http://www.counterpunch.org/2011/04/15/what-s-really-going-on-in-libya/> (Erişim: 7.2.2023).
- Constitution of the Kingdom of Libya of 1951: <http://security-legislation.ly/law/31474> (Erişim: 16.12.2022).
- COTTERILL, Joseph: "The Central Bank of Benghazi", 2011, Financial Times: <http://www.ft.com/content/2be33842-d162-30e6-bb90-98e405724e6b> (Erişim: 8.2.2023).
- COUSINS, Michel: "Nationality to be given back to royal family; property to be assessed", 2020, LibyaHerald: <http://www.libyaherald.com/2014/03/nationality-to-be-given-back-to-royal-family-property-to-be-assessed/> (Erişim: 9.2.2023).
- CRESTI, Federico: Subjecthood, Citizenship, Autonomy, Independence? Legal Status and National Claims in the First Decade of Italian Occupation in Libya (1911–1920), Citizens and Subjects of the Italian Colonies: Legal Constructions and Social Practices, 1882–1943, Ed. Simona Berhe ve Olindo De Napoli, Routledge, New York, 2022.
- ÇAKAR, Enver: Doğu Akdeniz Sahilinde Bir Osmanlı Sancağı: Trablus (1516-1579), Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 2012.
- DEEB, Marius: "Radical Political Ideologies and Concepts of Property in Libya and South Yemen", The Middle East Journal 40(3), 1986, s.445-461.
- EI-KİHYA, Mansur Ö.: Libya'nın Kaddafi'si, Çev. Saadet Yıldız İnal, Kaknüs, İstanbul 2011.
- EI KUDSİ, Ahmet: Arap Dünyasında Milliyetçilik ve Sınıf Mücadelesi, Çev. Orhan Koçak, Köz, İstanbul 1975.
- ERDAĞ, Ramazan: Libya in the Arab Spring: From Revolution to Insecurity, Palgrave Macmillan, New York 2017.
- ERDURMAZ, Serdar: Libya: Arap Baharının Solan Yüzü, Berikan, Ankara 2012.
- EVANS-PRITCHARD, E.E.: The Sanusi of Cyrenaica, Clarendon Press, Oxford 1949.
- FISCHBACH, Michael R.: "Jewish Property Claims and Post-Qaddafi Libya", Middle East Report, The Art & Culture of the Arab Revolts, Summer 2012, s.44-45, 48.
- FITZGERALD, Mary ve MEGERISI, Tarek: Libya: Whose Land Is It?: Property Rights and Transition, Legatum Institute, London 2015.
- FOWLER, G. L.: "Italian Colonization of Tripolitania" Annals of the Association of American Geographers 62(4), 1972, s.627-640.
- FOWLER, G. L.: "Decolonization of Rural Libya", Annals of the Association of American Geographers 63(4), 1973, s.490-506.
- G., H.: "The United Kingdom of Libya", The World Today 8(5), 1952, s.193-202.
- GÜLER, Zeynep: Süveyş'in Batsında Arap Milliyetçiliği: Mısır ve Nasırcılık Yeni Hayat, İstanbul, 2004.
- HOURANI, Albert: Arap Halkları Tarihi, Çev. Yavuz Alogan, İletişim, İstanbul 2020.
- İBRAHİM, Suliman: "Property Claims in Post-Gaddafi Libya: Political Debates and Justice Seeking in the Aftermath of Law 4/1978", Hague J Rule Law 9, 2017, s.135-156.
- Irak Büyükelçiliği Basın Ateşeliği: Devrimci Irak 1968-1973: Arap Baas Sosyalist Partisi'nin Sekizinci Irak Bölgesel Kongresinde Benimsenen Siyasal Rapor. Ankara 1974.
- İNALCIK, Halil: Osmanlı İmparatorluğu'nun Ekonomik ve Sosyal Tarihi Cilt 1, Çev. Halil Berktaş, Eren, İstanbul 2000.
- JABER, Kamel A.: Arap Baas Sosyalist Partisi: Tarihi, İdeolojisi ve Örgütü, Çev. Ahmet Ersoy, Altınok, Ankara 1970.
- KADDAFİ, Muammer: Görüşlerim, Çev. Mehmet Keskin, Hareket, İstanbul 1974.
- KADDAFİ, Muammer: Yeşil Kitap, Libya Halk Bürosu Yayınları, 1975.
- KHALIDI, Ismail R.: "Constitution of the United Kingdom of Libya: Background and Summary", Middle East Journal 6(2), 1952, s.221-228.
- KILINÇ, Ahmet: "The Influence of The Ottoman State On Islamic Law", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi Prof. Dr. M. Fatih UŞAN'a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı, 2022/2, s.547-580.
- KOVALYOVA, Svetlana ve FARGE, Emma: "ENI leads Libya oil race; Russia, China may lose out", 2011, Reuters: <http://www.reuters.com/article/us-libya-oil/eni-leads-libya-oil-race-russia-china-may-lose-out-idUSTRE77L5JR20110822> (Erişim: 8.2.2023).
- LACHER, Wolfram: "Libya's New Order", Sidecar/New Left Review: <http://newleftreview.org/sidecar/posts/libyas-new-order> (Erişim: 9.2.2023).
- Law No. (30) of 2012 on regulations for political entities: <http://security-legislation.ly/law/31927> (Erişim: 8.2.2023)
- Law No. (36) of 2012 on property and asset management of certain persons: <http://security-legislation.ly/law/31743> (Erişim: 8.2.2023).
- Law No. (37) of 2012 on criminalisation of the glorification of tyrants: <http://security-legislation.ly/law/31721> (Erişim: 8.2.2023).
- LE GALL, Michel: "The Ottoman Government and the Sanusiyya: A Reappraisal", International Journal of Middle East Studies 21(1), 1989, 91-106.
- LEWIS, William H. ve GORDON, Robert: "Libya after Two Years of Independence", Middle East Journal 8(1), 1954, s.41-53.
- Libya's Draft Constitution of 2016: http://www.constituteproject.org/constitution/Libya_2016D?lang=en (Erişim: 9.2.2023).
- LOBBAN Jr., Richard A. ve DALTON, Chris H.: Libya: History and Revolution, Praeger, California 2014.
- LUTSKIY, Borisoviç: Arap Ülkelerinin Yakın Tarihi, Çev. Turan Keskin, Yordam, İstanbul 2011.
- MANSFIELD, Peter: Mısır İhtilali ve Nasır, Çev. Ergün Tuncalı, Bahar Matbaası, İstanbul 1967.
- MATTES, Hanspeter: Libya, Elections in Africa: A Data Handbook, Ed. D. Nohlen, M. Krennerich ve B. Thibaut, Oxford University Press. New York 1999.
- MERT, Özcan: "Osmanlı Belgelerine Göre Banco di Roma'nın Trablusgarb'daki Faaliyetleri", Belleten 51(200), 1987, s.829-848.
- OYENIYI, B. A.: The History of Libya, Greenwood, California 2019.
- ÖZKÖSE, Kadir: "Osmanlı Devleti ile Senüsiyye Tarikatı Arasındaki İlişkiler". Gaziosmanpaşa Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 1(2), 2013, s.11-39.
- PRASHAD, Vijay: Arap Baharı, Libya Kışı, Çev. Şükrü Alpagut, Yordam, İstanbul 2012.
- PRASHAD, Vijay: Ulusun Ölümü ve Arap Devriminin Geleceği, Çev. Senem Erdoğan, Yordam, İstanbul 2017.

- RUSSELL, E. J.: “Agricultural Colonization in the Pontine Marshes and Libya”, The Geographical Journal 94(4), 1939, s.273-289.
S., F.: “Libya: Seven Years of Independence”. The World Today 15(2), 1959, s.59-68.
SEGRE, Claudio G.: “Italo Balbo and the Colonization of Libya”, Journal of Contemporary History 7(3/4), 1972, s.141-155.
SETA: İsyân, Müdahale ve Sonrası: Libya’da Dönüşümün Sancıları, 2011.
SIMONS, Geoff: Libya: The Struggle for Survival, Palgrave Macmillan, London 1996.
SUNE, Engin: Kaddafi Diktatöryasından Piyasaların Esaretine. Kolektif Emperyalizm: Mağribden Maşrıka Dönüşümün Ekonomi Politigi, Der. Ali Murat Özdemir, İmge, Ankara 2014.
TİBİ, Bessam: Arap Milliyetçiliği, Çev. Taşkın Temiz, Yöneliş, İstanbul 1998.
TURNER, Bryan S.: “Islam, Capitalism and the Weber theses”, The British Journal of Sociology 25(2), 1974, s.230-243.
UNGA (United Nations General Assembly) (15.12.1950): 5th Session, Resolution 388(V): Economic and Financial Provisions Relating to Libya (A/1775), New York.
UNGA (United Nations General Assembly) (21.11.1949): Question of the disposal of the former Italian colonies: <http://www.refworld.org/docid/3b00f08c18.html> (Erişim: 1.2.2023).
VANDEWALLE, Dirk: “Qadhafi’s ‘Perestroika’: Economic and Political Liberalization in Libya”. Middle East Journal 45(2), 1991, s.216-231.
VANDEWALLE, Dirk: A History of Modern Libya, Cambridge, New York 2012.
ZIADEH, Nicola A.: Sanüşiyah: A Study of a Revivalist Movement in Islam, Brill, Leiden 1968.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Furkan YILMAZ, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Furkan Yılmaz who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.
Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.
Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.
Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.
Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that he complies with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that he does not make any falsification of the data collected. In addition, he declares that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

YURT DIŞINDA İKAMET EDEN TÜRK VATANDAŞLARININ TÜRKİYE'DE SAĞLIK HİZMETLERİNDEN YARARLANMASI

BENEFITING TURKISH CITIZENS RESIDING ABROAD FROM HEALTHCARE IN TÜRKİYE

Burcu EZER* 

Makale Bilgi

Gönderi: 18/08/2023
Kabul : 26/10/2023

Anahtar Kelimeler

Sosyal Sigorta,
Genel Sağlık Sigortası,
Sağlık Hizmeti,
Türkiye'de İkamet Etme,
Sosyal Güvenlik
Sözleşmesi.

Article Info

Received: 18/08/2023
Accepted: 26/10/2023

Keywords

Social Insurance,
General Health
Insurance,
Healthcare,
Residing in Türkiye,
Social Security
Agreement.

Özet

Türk hukukunda ilk kez 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile kabul edilen genel sağlık sigortası, diğer sosyal sigortaların aksine çalışma temelli değil ikamet temelli oluşturulmuştur. Böylelikle Türkiye'de ikamet eden ve (zorunlu veya isteğe bağlı olarak) sosyal sigorta kapsamında bulunmayan diğer kişilerin de genel sağlık sigortası kapsamına alınması amaçlanmıştır. Türk vatandaşı olsun ya da olmasın Türkiye'de ikamet etmeyen kişiler kural olarak genel sağlık sigortasının kapsamı dışındadır. Ancak bu kurala zaman içinde çeşitli istisnalar getirilmiş ve genel sağlık sigortasının kapsamı Türkiye'de ikamet etmeyen kişiler yönünden genişletilmiştir. Bu çalışmada, Türkiye'de ikamet etme koşuluna getirilen istisnalara yer verilecek ve devamında Türkiye dışında bir ülkede ikamet etmekte olan Türk vatandaşlarının, Türkiye'de buldukları süre zarfında genel sağlık sigortası hükümlerine göre sağlık hizmetlerinden yararlanma durumları inceleme konusu yapılacaktır. Bu doğrultuda inceleme, Türk vatandaşlarının ikamet ettikleri ülke ile Türkiye arasında sağlık hizmetlerini kapsama alan bir sosyal güvenlik sözleşmesi bulunup bulunmadığına göre ayrı ayrı ele alınacaktır.

Abstract

General health insurance, accepted for the first time in Turkish law with the Social Insurance and General Health Insurance Act No. 5510, was created based on residence, not work-based, unlike other social insurance. Thus, it aims to include other people residing in Türkiye who are not covered by the (compulsory or optional) social insurance under general health insurance. As a rule, people who do not reside in Türkiye, whether Turkish citizens or not, are not covered by general health insurance. However, various exceptions have been accepted to this rule over time, and the scope of general health insurance has been expanded for people who do not reside in Türkiye. This study aims to include the exceptions to the condition of residing in Türkiye. It examines the status of Turkish citizens residing in a country other than Türkiye, benefiting from health services according to general health insurance provisions during their stay in Türkiye. In this context, the examination will be handled according to whether there is a social security agreement covering health services between the country of residence of Turkish citizens and Türkiye.

10.21492/inuhfd.1345695 

 Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

* Arş. Gör. Dr., Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** EZER Burcu, "Yurt Dışında İkamet Eden Türk Vatandaşlarının Türkiye'de Sağlık Hizmetlerinden Yararlanması", İnÜHFD, 14(2), 2023, s.441-455. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

Act No. 5510 adopted a residence-based general health insurance model in Türkiye. In this insurance model, almost everyone residing in Türkiye, whether Turkish citizens or not, is included in the scope of general health insurance. One of the main reasons for going out of the scope of general health insurance is to reside outside of Türkiye. On the other hand, various exceptions have been made to these general rules. The scope of general health insurance in terms of individuals has been expanded over time regarding people who do not reside in Türkiye.

This study has sought answers to the questions of Turkish citizens who continue to benefit from health services within the scope of general health insurance despite not residing in Türkiye and how they can benefit from health services while in Türkiye.

The primary provision for Turkish citizens residing abroad to continue to be covered by general health insurance is the absence of a social security agreement (including health benefits) between the country of residence and Türkiye. If there is no social security agreement (including health benefits) between countries, Turkish citizens listed below in groups may continue to be covered by general health insurance.

Turkish citizens who continue to be covered by general health insurance without residing in Türkiye appear in various forms. For example, Turkish citizens abroad temporarily (less than six months) continue to be covered by general health insurance. General health insurance also covers employees and public servants sent abroad on permanent duty (more than six months). A similar situation applies to Turkish citizen employees who are taken to another country (which does not have a social security agreement with Türkiye, including health benefits) to be employed. These employees and their family members are covered by general health insurance, regardless of residence conditions. Moreover, family members of Turkish citizens residing in Türkiye, who do not reside in Türkiye, are also allowed to be included in the scope of general health insurance upon their request (with the condition of paying premiums) without seeking residence conditions. Apart from this, those who receive a pension from the Turkish Social Security Institution and reside abroad, and their family members, can also benefit from health services within the scope of general health insurance during their stay in Türkiye.

Self-employed who live in a country that does not have a social security agreement (including health benefits) with Türkiye but are not included in that country's social insurance system are also covered by general health insurance as long as they remain social insured in Türkiye. Apart from this, another opportunity to stay covered by general health insurance has been brought to those who have previously resided in Türkiye but are currently residing in a country that does not have a social security agreement (including health benefits) with Türkiye. General health insurance can cover these people by being insured on demand.

The common feature of the people described above is that they reside in a country that does not have a social security agreement (which covers health benefits) with Türkiye. These people (and their family members) can benefit from health services within the scope of general health insurance according to Turkish legislation during their stay in Türkiye.

As a rule, if a Turkish citizen resides in a country that has a social security agreement with Türkiye (which covers health benefits), it is not possible to be covered by general health insurance. These people and their family members can benefit from health services (such as general health insurance) while in Türkiye, under the health insurance, they benefit from in the country they live in. The status of these people to benefit from health services while in Türkiye is determined by the health insurance they are subject to. However, other conditions sought to benefit from health services within the scope of general health insurance are determined according to Turkish legislation.

As can be seen, the opportunity to benefit from health services within the scope of general health insurance, without the requirement of residence, has been kept quite broad, especially with the option of voluntary insurance. As a matter of fact, in this case, Turkish citizens, who are not covered by other exceptions, have been allowed to benefit from health services while in Türkiye, provided that they fulfill the premium payment condition. Expanding this opportunity will be convenient for Turkish citizens residing abroad who want to benefit from health benefits while in Türkiye.

On the other hand, in terms of Turkish citizens residing in countries with social security agreements with Türkiye, although various improvements have been made, the system of benefiting from health services has some difficulties. As a matter of fact, in some of the social security agreements to which Türkiye is a party, health benefits are not included in the scope of the agreement or are not applicable. It would be appropriate to increase the social security agreements covering health services and to make the applications of benefiting from health benefits operational in this context.

I. GİRİŞ

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının (AY) 56. maddesinde, “herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu” düzenlenmiştir; “sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için devlete genel sağlık sigortası kurma yetkisi” verilmiştir. Anayasanın bu hükmü doğrultusunda, 2006 yılında kabul edilen 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu (SSGSSK) ile Türk hukukunda ilk kez evrensel nitelikli bir sağlık sigortası (genel sağlık sigortası) benimsenmiştir. Genel sağlık sigortasının, kural olarak kişilerin gelirine göre belirlenen sigorta primleri aracılığıyla finanse edilmesi kabul edilmiştir. Söz konusu sağlık sigortası modeli ile Türkiye’de ikamet eden herkesin genel sağlık sigortası kapsamına zorunlu olarak dahil olması ve sigortalı bir kimse sağlık hizmetlerinden yararlandığı zaman, söz konusu sağlık hizmetinin finansmanın genel sağlık sigortası kapsamında karşılanması prensibinden hareket edilmiştir. Bu doğrultuda genel sağlık sigortası 01.10.2008 itibarıyla kademeli olarak yürürlüğe girmiş ve nihayet 01.01.2012 tarihi itibarıyla Kanunda öngörülen tüm kapsam grupları yönünden uygulanmaya başlanmıştır.

5510 sayılı Kanunda genel sağlık sigortasının kapsamı, vatandaşlık veya çalışma temelli değil, “ikamet temelli” oluşturulmuştur. Kanunun ilgili hükümlerine göre genel sağlık sigortası kapsamına girmenin ön koşulu, Türkiye’de ikamet ediyor olmaktır. Buna göre zorunlu olarak (çalışma esaslı) veya isteği doğrultusunda (isteğe bağlı sigorta aracılığıyla) sosyal sigorta kapsamında bulunanlar dışında, Türkiye’de ikamet eden ve sosyal sigorta kapsamında bulunmayan diğer kişilerin de genel sağlık sigortası kapsamına alınması amaçlanmıştır. Türk vatandaşları olsun ya da olmasın Türkiye’de ikamet etmeyen kişiler ise kural olarak genel sağlık sigortasının kapsamı dışına çıkarılmışlardır. Ancak bu genel kurala zaman içerisinde çeşitli istisnalar getirilmiş ve genel sağlık sigortasının kapsamı Türkiye’de ikamet etmeyen kişiler yönünden genişletilmiştir. Türkiye’de ikamet etme koşuluna getirilen bu istisnalar, Türkiye dışında ikamet eden Türk vatandaşları bakımından önem arz etmektedir. Nitekim günümüzde yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşları sayısı 6,5 milyonu aşmış olup bu sayı her yıl katlanarak artmaktadır¹.

Bu çalışmada Türkiye dışında bir ülkede ikamet etmekte olan Türk vatandaşlarının², Türkiye’de buldukları süre zarfında genel sağlık sigortası uyarınca sağlık hizmetlerinden yararlanma durumları inceleme konusu yapılacaktır. Bu kapsamda öncelikle genel sağlık sigortasının işleyişine ilişkin genel esaslara yer verilecek; devamında genel sağlık sigortasından yararlanmak için kabul edilen Türkiye’de ikamet etme koşulu ile bu koşulun istisnalarına değinilecektir. Çalışmanın son kısmında, yurt dışında mukim Türk vatandaşlarının Türkiye’de buldukları süre zarfında genel sağlık sigortası kapsamında sağlık hizmetlerinden yararlanmaları hususu, Türk vatandaşının ikamet ettiği ülke ile Türkiye arasında sağlık hizmetlerini kapsama alan bir sosyal güvenlik sözleşmesi bulunup bulunmadığına göre ele alınacaktır.

II. TÜRKİYE’DE SAĞLIK HİZMETLERİNDEN YARARLANMANIN OLAĞAN YÖNTEMİ: GENEL SAĞLIK SİGORTASI

Hukuk sistemlerinde sağlık hizmetlerinin finansmanı genel olarak vergilerle ya da sigorta tekniğiyle karşılanır. Sigorta tekniği hem sosyal sigortalar hem de özel sigortalar yönünden uygulama alanı bulur. Sosyal sigorta yöntemi, sağlık hizmetlerinin sağlanması yönünden en yaygın yöntem olup Türk hukukunda da zorunlu bir yöntem olarak uygulanmaktadır. Ancak sosyal sigorta tekniğinin yanı sıra kişilerin tercihine bağlı olarak özel sağlık sigortaları ile de sağlık hizmetlerinin finanse edildiğinden söz etmek mümkündür.

5510 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce Türk Hukukunda sağlık hizmetlerinden yararlanma çalışma odaklı bir sosyal sigorta perspektifinden yürütülmekteydi ve ayrı bir sağlık sigortası bulunmamaktaydı. Çalışan kamu görevlilerinin sağlık güvenceleri kendi kurumlarının bütçesinden karşılanmakta; sosyal sigorta kurumları (Emekli Sandığı³, Bağ-Kur⁴ ve SSK⁵) ise, hastalık sigortası başta olmak üzere çeşitli yöntemlerle sigortalılarına hem sağlık yardımları sunmakta hem de parasal yardımda bulunmaktaydı⁶. Sosyal sigorta perspektifinden yürütülen bu sistemde zorunlu sigortalılar ile bu kimselerin aile üyeleri dışındaki toplumun geri kalan önemli bir kesimi, sağlık hizmetlerinin dışında kalmaktaydı.

5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunuyla birlikte Emekli Sandığı, Bağ-Kur ve SSK Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) çatısı altında birleştirilmiştir. 5510 sayılı Kanunla ise herkesten geliri uyarınca

¹ https://www.mfa.gov.tr/yurtdisinda-yasayan-turkler_tr.mfa (Erişim: 14.06.2023). TÜİK’in 2016-2022 yılı Uluslararası Göç İstatistiklerine göre yurt dışına göç eden Türk vatandaşı sayısı 2016 yılında 69.326; 2017 yılında 113.326; 2018 yılında 136.740; 2019 yılında 84.863; 2020 yılında 77.810; 2021 yılında 103.613 ve 2022 yılında 139.531 olmuştur. Gidilen ülkeye göre istatistikler için bkz. <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Uluslararası-Göç-İstatistikleri-2022-49457> (Erişim: 14.06.2023).

² Bu çalışmada, kolaylık açısından her ne kadar “Türk vatandaşı” terimi kullanılmış olsa da, Türk vatandaşı terimi ile 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu (TVK) m.28 uyarınca “doğumla Türk vatandaşı olup çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler” (mavi kart hamilleri) ile bunların 3. dereceye kadar altsoyu da kast edilmektedir. Nitekim TVK’da bu kimselerin “istisnalar dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edecekleri” düzenlenmiş (m.28/1); böylelikle mavi kart hamilleri, sosyal sigorta uygulaması bakımından Türk vatandaşları ile aynı statüde kabul edilmiştir. Ayrıca bkz. ALTINTAŞ, Elif Hande: “Doğumla Türk Vatandaşı Olup Çıkma İzni ile Türk Vatandaşlığından Ayrılan Kişilerin (Mavi Kart Hamillerinin) Sosyal Güvenlik Hakkı”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 4(2), 2019, s.393-427.

³ Tam adıyla “Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı”. Bkz. 5434 Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu m.1.

⁴ Tam adıyla “Esnaf ve Sanatkarlar ve diğer bağımsız çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu”. Bkz. 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu m.1.

⁵ Tam adıyla “Sosyal Sigortalar Kurumu”. Bkz. 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu m.1.

⁶ Detaylı bilgi için bkz. GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza/CANİKLİOĞLU, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, 19. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2021, s.791; CENTEL, Tankut: Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s.372; ARICI, Kadir: Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, 2. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2022, s.463-465.

prim alınması esasına dayanan, SGK tarafından yürütülen bir (genel) sağlık sigortası kabul edilmiş ve bu sigortanın kural olarak Türkiye’de ikamet eden herkesi kapsama alması amaçlanmıştır⁷.

Türk hukukunda genel sağlık sigortalısı (GSS’li) sayılacak kişiler (GSS’nin kişi bakımından kapsamı) SSGSSK m.60’ta detaylı bir liste halinde sayılmış ve GSS’li kabul edilen kimselerin ikametgahının Türkiye olması gerektiği düzenlenmiştir. Bir kimsenin Türkiye Cumhuriyeti Devleti kanunlarına göre genel sağlık sigortalısı kabul edilmesi, farklı statüler uyarınca gerçekleşmektedir. Genel sağlık sigortası kapsamında sigortalı kabul edilmenin en yaygın yolu, sosyal sigorta kapsamına zorunlu sigortalı olarak (çalışma ilişkisi yoluyla) dahil olmaktır. 5510 sayılı Kanunda zorunlu sigortalılık statüsü, bağımlı çalışanlar/işçiler (4/1-a’liler), kendi nam ve hesabına bağımsız çalışanlar (4/1-b’liler) ve kamu görevlileri (4/1-c’liler) olmak üzere üç temel şekilde düzenlenmiştir. Bunun dışında, isteğe bağlı sigortalı olarak sosyal sigorta kapsamında yer alanlar, sosyal sigorta kapsamında kendi sigortalılığı nedeniyle veya hak sahibi sıfatıyla gelir/aylık almakta olanlar; zorunlu veya isteğe bağlı sigortalıların kanundaki koşulları sağlaması sebebiyle “bakmakla yükümlü olunan kimse” kabul edilen aile üyeleri (eş, çocuklar, anne ve babası) ve çalışmaya bağlı geliri olmayanlar (varsıllar ve yoksullar) da GSS kapsamındadır⁸.

Genel sağlık sigortası, sigorta primleriyle ve devletin prim katkısıyla finanse edilmektedir. Nitekim sağlık hizmetlerinden GSS kapsamında yararlanabilmek bakımından kabul edilen temel kural, belli bir tutarda prim ödemiş olmaktır⁹. GSS’li adına ödenecek sigorta primleri yönünden ödeme yükümlüğü, GSS’li statüsüne göre değişiklik arz etmektedir. İş sözleşmesiyle (4/1-a’liler) veya statü hukukuna göre (4/1-c’liler) bağımlı olarak çalışanların GSS primleri, sigortalılar (%5 oranında) ile işverenleri (%7,5 oranında) tarafından birlikte ödenir. Kendi nam ve hesabına çalışanlar (4/1-b’liler) (%12,5 oranında) ve isteğe bağlı sigortalılar (%12 oranında) primlerini kendileri ödemektedir. Kısmi sigortalı olup GSS’ye tabi olanların GSS primleri, kanunun yükümlü tuttuğu farklı kurumlarca ödenmektedir. Çalışmaya bağlı geliri olmayanlardan gelir testi uyarınca hane içi kişi başına düşen geliri kanunda belirtilen asgari tutarı geçenlerin (60/1-g’liler) GSS primleri (%3 oranında) kendilerince; gelir testi uyarınca düşük gelirli olduğu tespit edilenlerin GSS primleri ise devlet hazinesinden karşılanır¹⁰. Bakmakla yükümlü olunan kimse sıfatıyla veya gelir/aylık hak sahibi sıfatıyla GSS’ye dahil olanlar ise prim ödemeksizin GSS kapsamında sağlık hizmetlerinden yararlandırılırlar.

5510 sayılı Kanun, GSS’li sayılanları düzenlediği gibi sigortalı sayılmayanları da ayrıca düzenlemiştir (SSGSSK m.60/3). Örneğin “Türkiye’ye üç ayı geçmemek üzere bir iş için gönderilen ve yabancı ülkede sosyal sigortaya tabi olduğunu belgeleyen kişiler ile Türkiye’de kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan yurt dışında ikamet eden ve o ülke sosyal güvenlik mevzuatına tabi olanlar” (SSGSSK m.6/1-e); “kamu idarelerinin dış temsilciliklerinde istihdam edilen ilgili personeller” (SSGSSK m.6/1-l); tutuklu ve hükümlüler, “Türkiye’de bir yıldan kısa süreyle yerleşik yabancılar ve yurt dışı hizmet borçlanması yoluyla kendisine aylık bağlanan kişilerden Türkiye’de ikamet etmeyenler” (SSGSSK m.60/3) GSS’li sayılmazlar¹¹. Bunların dışında, Türkiye’de ikamet etse de sağlık hizmetlerinden farklı yollarla yararlanan diğer bazı kimseler (örneğin yüksek yargı mensupları, milletvekilleri, ordu komutanları, orgeneraller vb.) de genel sağlık sigortasının kapsamı dışına çıkarılmıştır¹².

5510 sayılı Kanunda genel sağlık sigortalılığının başlangıcı ve sona ermesi ayrı ayrı düzenlenmiştir. GSS statüsünün başlangıcı resen tescil, gelir testi uyarınca tescil ve bildirimli tescil şeklinde üç temel şekilde gerçekleşir¹³. Kanunun 61/4. maddesinde ise genel sağlık sigortalısı statüsünün, yerleşim yerinin Türkiye olmadığı tarihten itibaren sona ereceği düzenlenmiştir¹⁴. Böylelikle genel sağlık sigortası kapsamına girme bakımından kural olarak Türkiye’de ikamet etme koşulu kabul edilmiştir.

III. GENEL SAĞLIK SİGORTASININ KAPSAMINA GİRME YÖNÜNDE TÜRKİYE’DE İKAMET ETME KOŞULU

Hukuk kurallarının yer bakımından uygulanması yönünden geçerli ilke ülkesellik (mülklik) ilkesidir. Bu doğrultuda sosyal güvenlik hukukunda da temel ilke, sigortalılara çalışmakta oldukları ülke mevzuatının

⁷ CENTEL, s.373; TUNCAY, A. Can/EKMEKÇİ, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 21. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2021, s.607-608; GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s.800; BOSTANCI, Yalçın: “Sosyal Güvenlik Hukukunda Genel Sağlık Sigortası” Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16(1), 2008, s.158; KURUCA, Mustafa: “Genel Sağlık Sigortası”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2012, s.120-121.

⁸ GSS’nin kişi bakımından kapsamı için bkz. GEREK, H. Nüvit: “Son Değişikliklerden Sonra Genel Sağlık Sigortasının Kişiler Bakımından Kapsamı”, Sicil, (25), 2012, s.197-203; EKİN, Ali: “Genel Sağlık Sigortasından Yararlanma Şartları ve Esasları”, TBB Dergisi, (100), 2012, s.153-155; SÖZER, Ali Nazım: Türk Genel Sağlık Sigortası, (Genel Sağlık Sigortası), 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2020, s.133-206; ALPER, Yusuf: Sosyal Sigortalar Hukuku, 12. Baskı, Dora Yayıncılık, Bursa 2022, s.394-400; TUNCAY/EKMEKÇİ, s.610-629; GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s.801-821; ARICI, s.467-475; SÜMER, Haluk Hadi: Sosyal Güvenlik Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s.265-274; UŞAN, M. Fatih: Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s.270-276; CENTEL, s.375-381; KORKUSUZ, M. Refik/UĞUR, Suat: Sosyal Güvenlik Hukuku, 8. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2022, s.293-297; KURUCA, s.170-211; KURT, Suheyl Rebi: “Türk Hukukunda Genel Sağlık Sigortası”, Çankaya Üniversitesi HFD, 5(1), 2020, s.2281-2288.

⁹ SÜMER, s.264.

¹⁰ ELMA, Ramazan: Sosyal Güvenlik Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s.555.

¹¹ ARICI, s.476-477; KORKUSUZ/UĞUR, s.300-301; TUNCAY/EKMEKÇİ, s.629-630; SÖZER, Genel Sağlık Sigortası, s.209-216.

¹² SÖZER, Genel Sağlık Sigortası, s.214-216; ARICI, s.477-478.

¹³ ARICI, s.479-481.

¹⁴ UŞAN, s.279; TUNCAY/EKMEKÇİ, s.634; ARICI, s.482; SÜMER, s.277; KORKUSUZ/UĞUR, s.301; ELMA, s.593; SÖZER, Genel Sağlık Sigortası, s.230.

(*lex loci laboris*) uygulanmasıdır¹⁵. Nitekim her devlet kendi sosyal güvenlik sistemine ve bu kapsamda sosyal güvenlik mevzuatına sahiptir. Ancak sosyal sigorta hukukunda mülkîlik ilkesinin katı bir şekilde uygulanması, işgücü hareketliliğinin bir sonucu olan yabancılık unsurlu sosyal sigorta ilişkilerinde sorunlar ortaya çıkmasına neden olur. Bu sebeple sosyal güvenliğin ulusal boyutu aşır ulusalüstü bir kapsama ulaşmasının zorunlu bir sonucu olarak, modern hukuk sistemlerinde ülkesellik ilkesi kural olarak kabul edilmekte ancak bu ilkeye çeşitli istisnalar getirilmektedir¹⁶. Nitekim AY m.62’de devlet “yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının ...sosyal güvenliklerinin sağlanması, anavatanla bağlarının korunması ve yurda dönüşlerinde yardımcı olunması için gereken tedbirleri” almakla yükümlü tutulmuştur.

Türk hukukunda genel sağlık sigortasının kapsamının belirlenmesi yönünden kabul edilen temel ilke ülkesellik (mülkîlik) ilkesidir. Gerek Türk vatandaşlarının gerekse yabancıların 5510 sayılı Kanunda düzenlenen genel sağlık sigortası kapsamına girmelerinin temel koşulu, Türkiye’de ikamet ediyor olmalarıdır¹⁷. Kanunkoyucu GSS’li statüsünün sona ereceği haller arasında “yerleşim yerinin Türkiye olmaması” halini de saymıştır (SSGSSK m.61/4). Bu nedenle yerleşim yerinin yurt dışında bir ülke olarak değiştirilmesi, genel sağlık sigortası kapsamına girip girmeme ve genel sağlık sigortası kapsamındaki sağlık hizmetlerinden yararlanıp yararlanmama halini doğrudan etkiler. Genel Sağlık Sigortası Tescil Prim ve Müstehaklık İşlemleri Yönetmeliğinde¹⁸ (GSSTPY) de belirtildiği üzere, GSS’li statüsü kural olarak yerleşim yerinin yurt dışında bir ülke olarak değiştirildiği tarihte sona erer (GSSTPY m.10/1). Böylelikle önceden GSS kapsamında prim ödeme yükümlülüğü olan bir kimsenin bu yükümlülüğü de sona erer.

Genel sağlık sigortası kapsamına alınma bakımından temel kural Türkiye’de ikamet etmek olmakla birlikte, bu kurala zaman içerisinde çeşitli istisnalar getirilmiştir. Diğer bir anlatımla, bir kimsenin salt Türkiye’de ikamet ediyor olması ya da olmaması, kişinin genel sağlık sigortası kapsamında olup olmadığının tespiti bakımından tek başına yeterli bir koşul değildir. Yurt dışında ikamet etse de kişisel ilkesi gereği Türkiye Cumhuriyeti Devleti kanunlarına göre sigortalılık statüsü devam eden sigortalılar gibi Türkiye’de ikamet etse de genel sağlık sigortası kapsamına alınmayan Türk vatandaşları ya da yabancılar da mevcuttur¹⁹.

IV. TÜRKİYE’DE İKAMET ETME KOŞULUNA GETİRİLEN İSTİSNALAR

Aşağıda, genel sağlık sigortası kapsamına girme yönünden kabul edilen Türkiye’de ikamet etme koşuluna getirilen istisnalara detaylı bir biçimde yer verilecektir.

A. Geçici Olarak veya Geçici Görevle Yurt Dışında Bulunanlar

Genel sağlık sigortasının kapsamı dışına çıkmak bakımından aranan “Türkiye’de ikamet ediyor olma” şeklindeki koşulu, aynı zamanda “Türkiye dışında bir ülkede ikamet etmiyor olma” şeklinde yorumlamak gerekir. Buna göre Türkiye’de ikamet eden ve bu doğrultuda GSS kapsamında bulunan bir kimsenin genel sağlık sigortalılığı, geçici süreyle yurt dışında bulunduğu süre zarfında sona ermez. İkameti yurt dışına taşınmadığı müddetçe, genel sağlık sigortalısının GSS’den doğan hak ve yükümlülükleri aksi öngörülmedikçe devam eder.

5510 sayılı Kanun, işi nedeniyle geçici görevle yurt dışında bulunan sigortalılar yönünden de benzer esasları kabul etmiştir. SSGSSK m.10’a göre

“4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde sayılan sigortalıların işverenleri tarafından geçici görevle yurt dışına gönderilmeleri, (c) bendinde sayılan sigortalıların mevzuatlarında belirtilen usûle uygun olarak yurt dışına gönderilmeleri veya (b) bendinde sayılanların sigortalılığa esas çalışması nedeniyle yurt dışında bulunmaları halinde, bu görevleri yaptıkları sürece, sigortalıların ve işverenlerin sosyal sigortaya ilişkin hak ve yükümlülükleri devam eder”.

Her ne kadar Kanunda geçici görevin süresi belirtilmese de, aşağıda değinilecek olan sürekli görev için belirtilen altı aydan uzun süreli görevlendirme kıstası uyarınca, altı aydan kısa süreli görevleri geçici görev olarak değerlendirmek mümkündür²⁰.

4/1-a, 4/1-b ve 4/1-c’li sigortalıların işleri nedeniyle geçici olarak yurt dışında bulunmaları halinde sigortalılık statüleri korunur. Sosyal sigortadan doğan hak ve yükümlülükleri, aksi öngörülmediği müddetçe yurt dışındaki görevleri süresince aynen devam eder (SSGSSK m.10). Bu sigortalılar ve sigortalıların bakmakla yükümlü olduğu kişiler, ikamet koşulu sağlanmasa da GSS kapsamında kalırlar; gerek yurt dışında iken gerekse Türkiye’de buldukları sürelerde GSS kapsamındaki sağlık hizmetlerinden yararlanırlar (GSSTPY m.10/1; 2017/26 sayılı SGK Genelgesi, 4.1.). Bu hallerde gelen ülkeye geçici görevle gelmesi nedeniyle, terk edilen ülkenin mevzuatı sigortalıya geldiği ülkede de uygulanır ve sosyal sigorta mevzuatı sigortalıyı gittiği ülkede takip eder²¹.

¹⁵ Bkz. SAVAŞ KUTSAL, Burcu: Türk Sosyal Sigortalar Hukukunun Temel İlkeleri, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016, s.79-80; SÖZER, Ali Nazım: “Uluslararası Sosyal Hukukta Mülkîlik ve Şahsîlik İlkeleri”, (Mülkîlik ve Şahsîlik), in Kamu İşverenleri Sendikası (ed.), İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi 15. Yıl Armağanı, Bayrak Matbaacılık, İstanbul 1991, s.121; ALP, Nihat Seyhun: “Sosyal Güvenlik Alanında Uluslararası İş Birliği ve Türkiye’nin Taraf Olduğu İkili Sosyal Güvenlik Sözleşmeleri”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum 2013, s.41.

¹⁶ SÖZER, Ali Nazım: “İkili Anlaşmalarla Sosyal Hukukun Koordinasyonu”, (İkili Anlaşmalar), Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2(5), 2005, s.204-205. Örneğin sosyal sigorta hukukunda ülkesellik ilkesinin yaygın istisnaları arasında yurt dışı hizmet borçlanması, yurt dışında alınan bazı sağlık hizmetlerinin finansmanının sağlanması, gelir/aylık alanların yurt dışında çalışması ve sosyal güvenlik sözleşmeleri uygulamalarını saymak mümkündür. Ayrıca bkz. SAVAŞ KUTSAL, s.79-123.

¹⁷ ALPER, s.394; GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s.799; SÜMER, s.269; ELMA, s.551.

¹⁸ RG: 18.04.2014, 28976.

¹⁹ SÖZER, İkili Anlaşmalar, s.204-205.

²⁰ TUNCAI/EKMEKÇİ, s.645. Ayrıca bkz. ELMA, s.607.

²¹ TUNCAI/EKMEKÇİ, s.23-24, 160-161; SÖZER, Mülkîlik ve Şahsîlik, s.122, 125.

Belirtelim ki, geçici olarak yurt dışında bulunma haline ilişkin benzer hususlar Türkiye Cumhuriyeti'nin tarafı olduğu ikili sosyal güvenlik sözleşmelerinde de kendine yer bulmuştur. Taraf olunan ikili sosyal güvenlik sözleşmelerinin hepsinde geçici olarak âkit devlette bulunan sigortalının, hangi süreyle gittiği ülkenin sosyal sigorta sistemine dahil olmayacağı belirtilmiştir²². Buna göre gidilen ülke ile Türkiye Cumhuriyeti devleti arasında bir sosyal güvenlik sözleşmesinin bulunması halinde, geçici görev süresi sözleşme hükümlerine göre belirlenir.

B. Türkiye ile Arasında Sosyal Güvenlik Sözleşmesi Bulunmayan Bir Ülkeye Çalıştırılmak Üzere Götürelenler

Türk hukukunda zorunlu sigortalılar (4/1-a, 4/1-b ve 4/1-c'liler), kural olarak 5510 sayılı Kanunun düzenlediği tüm sigorta kollarının kapsamına alınmışlardır. Kanunun 5. maddesinde ise bazı sigorta kolları yönünden sigortalı sayılan çeşitli sigortalı kategorilerine (örneğin çırak, stajyer, kursiyer vb.) yer verilmiştir. Kısmi sigortalı olarak da anılan bu sigortalıların tabi oldukları sigorta kolları 5510 sayılı Kanunda özel olarak düzenlenmiştir.

5510 sayılı Kanunda kısmi sigortalı olarak düzenlenen bu sigortalı gruplardan biri de Türkiye ile arasında sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce²³ yurt dışındaki işverenlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçileridir (SSGSSK m.5/1-g). Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinde²⁴ (SSİY) bu kişilerin 5510 sayılı Kanun kapsamında 4/1-a'lı statüsünde sigortalı sayılacakları ve bunlar hakkında kısa vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası hükümlerinin (ve talep etmeleri halinde isteğe bağlı sigorta kapsamında uzun vadeli sigorta hükümlerinin) uygulanacağı düzenlenmiştir (SSİY m.88). Böylelikle Türkiye ile arasında sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelerde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçileri ve bunların bakmakla yükümlü oldukları aile üyeleri, ikamet koşulu aranmaksızın GSS kapsamına alınmışlardır²⁵.

SSGSSK m.5/1-g bendi kapsamına girenler ve bunların bakmakla yükümlü oldukları kimseler, Türkiye'de buldukları süre zarfında, GSS kapsamında sağlık hizmetlerinden yararlanabileceklerdir. Bu kişilerin GSS'li statüleri ve genel sağlık sigortası kapsamında sağlık hizmetlerinden yararlanma koşulları ise, aksi öngörülmedikçe genel hükümlere göre belirlenecektir.

Belirtelim ki 5510 sayılı Kanun kapsamındaki Türk vatandaşı bir işçi (4/1-a'lı sigortalı) yurt dışında kendi iradesiyle gitmiş veya yurt dışında çalıştırılmak üzere ilk kez işe alınmışsa, SSGSSK m.5/1-g kapsamında yer almaz ve bu statü uyarınca GSS'den yararlanamaz. Madde 5/1-g bendindeki sigortalılık, işveren ile işçi arasında daha önce kurulmuş olan çalışma ilişkisinin yurt dışında devam etmesi halinde söz konusudur²⁶.

C. Türkiye ile Arasında Sosyal Güvenlik Sözleşmesi Bulunmayan Bir Ülkeye Daimi Görevlendirilenler

4/1-a ve 4/1-c statüsündeki sigortalıların sürekli görevle yurt dışında buldukları dönemdeki sigortalılıkları özel olarak düzenlenmiştir. Bu hallerde, usulüne uygun olarak yurt dışında sürekli (daimi) görevlendirilen 4/1-a ve 4/1-c'lilerin sigortalılık ilişkisi sona ermez; özel olarak düzenlenen hususlar ayrık olmak üzere sigortalılık ilişkisi aynen devam eder. Böylelikle sigortalılık ilişkisinde mülkîlik değil kişisel ilkesine üstünlük tanınır ve yurt dışında yapılan çalışmalar Türkiye'de gerçekleşmiş gibi kabul edilir²⁷.

5510 sayılı Kanuna göre "4/1-c statüsündeki sigortalıların daimi olarak altı aydan fazla süreyle yurt dışında görevlendirilmeleri, sürekli görevle yurt dışında gönderilme sayılır." (SSGSSK m.66/9)²⁸. Aynı tanım Genel Sağlık Sigortası Uygulama Yönetmeliğinde²⁹ (GSSUY) 4/1-a'lı sigortalılar için de tekrarlanmıştır (GSSUY m.30/2).

Kamu idarelerince yurt dışı görevde çalıştırılmak üzere istihdam edilen sözleşmeli personel ve diğer çalışanlar da SSGSSK'ya göre sigortalılık niteliğini korurlar (SSGSSK m.8/1-c; SSİY m.11/3-c)³⁰. Ancak dış temsilciliklerde istihdam edilen ve temsilciliğin bulunduğu ülkeden sürekli ikamet iznine veya vatandaşlığa sahip olan Türk uyruklu sözleşmeli personel, bulunduğu ülkenin sosyal güvenlik kurumunda sigortalı olduğunu belgelemesi halinde SSGSSK kapsamına alınmaz (SSİY m.10/1-i).

²² Bu sürelerin tablolaştırılmış hali için bkz. BOSTAN, Ayhan: "Geçici/Sürekli Görev Kapsamında Yurt Dışına Gönderilen Çalışanların Sosyal Güvenlikleri", Mali Çözüm, 30(159), 2020, s.320.

²³ Yurt dışında, çalıştırılmak üzere işçi götürülecek olan işverinin, Türk vatandaşı işverene ait ve Türk yasalarına göre kurulmuş ve tescil edilmiş olması gerektiği yönünde ayrıca bkz. Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği m.87/2.

²⁴ RG: 12.05.2010, 27579.

²⁵ Ayrıca bkz. OCAK, Saim: "Sosyal Güvenlik Sözleşmesi İmzalanmamış Ülkelere Götürülen İşçilerin Sosyal Güvenliği", Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 5(19), 2008, s.1096; BOSTAN, s.313-317.

²⁶ SÖZER, Mülkîlik ve Şahsîlik, s.123.

²⁷ KORKUSUZ/UGUR, s.240-241; DEMİRKAYA, Seher: Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Sosyal Güvenlik Hakları, Türk Metal Yayınları, Ankara 2020, s.168.

²⁸ Yurtdışında Daimi Görevlere Atanacak Personel Hakkında Yönetmelik (RG: 23.11.2018, 30604) ise 4/1-c'liler bakımından yurt dışı daimi görevi "Miyon şefinin yetkileri çerçevesinde, nezdinde görevlendirildiği ülke makamları ve uluslararası kurum ve kuruluş temsilcileriyle temaslarda bulunmak ve yurtdışındaki gerçek ve tüzel kişilerin ihtiyaç duydukları hizmetleri sağlamak üzere, yabancı ülkelerdeki ve uluslararası kuruluşlar nezdindeki dış misyonlarda yurtdışı teşkilatı kurmaya yetkili kurumların belli bir süreyle akredite ettikleri personelini icra ettiği görev" şeklinde tanımlamıştır (m.4/1-g). 4/1-c'li sigortalının sürekli görev süresinin, ilgili kamu kurumunun kendi mevzuat hükümlerine göre belirleneceği yönünde bkz. ELMA, s.607.

²⁹ RG: 18.4.2014, 28976.

³⁰ EZER, Burcu: Kişisel Durum Değişikliklerinin Sosyal Güvenlik Hukukundaki Etkileri, Türk Metal Yayınları, Ankara 2021, s.245.

4/1-b statüsündeki kimseler kendi nam ve hesaplarına çalıştıkları için, Türkiye dışında bir ülkede “sürekli görevlendirme” kapsamında bulunmazlar. 4/1-b’lilerin Türkiye ile arasında sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmayan bir ülkede ikamet etmeleri hususu, aşağıda ayrı bir başlık olarak incelenecektir.

D. Türkiye’de İkamet Eden Türk Vatandaşlarının Türkiye’de İkamet Etmeyen Aile Üyeleri

GSS kapsamındaki sağlık hizmetlerinden yararlanmak bakımından Türkiye’de ikamet etme koşulunun bir diğer istisnası, Türkiye’de ikamet eden Türk vatandaşlarının Türkiye’de ikamet etmeyen aile üyelerine ilişkindir. Türkiye’de ikamet eden Türk vatandaşlarının Türkiye’de ikamet etmeyen eşi, çocukları, anne ve babası, talep etmeleri halinde ikamet şartı aranmaksızın SSGSSK m.60/1-g kapsamında ferden genel sağlık sigortalısı kabul edilirler (SSGSSK Ek m.13; GSSTPY m.6/21, 9/18; 2019/17 sayılı SGK Genelgesi, 3.5.3.1.). Diğer bir anlatımla, Türkiye’de ikamet etselerdi bakmakla yükümlü olunan kimse sıfatıyla (ayrıca GSS primi ödemeksizin) GSS’li kabul edilebilecek bu kişiler, Türkiye’de ikamet etmemeleri sebebiyle bizzat genel sağlık sigortalısı sıfatıyla (GSS primi ödemek suretiyle) GSS kapsamına dahil olabileceklerdir. Bu şekilde GSS kapsamına dahil olma hali kendilerinin iradelerine bırakılmıştır. Belirtelim ki, sözü edilen kişilerin GSS kapsamındaki sağlık hizmetlerinden yararlanabilmeleri için prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının bulunmaması şarttır (SSGSSK Ek m.13/3).

E. Türkiye ile Arasında Sağlık Hizmetlerini de Kapsayan Bir Sosyal Güvenlik Sözleşmesi Bulunan Ülkede İkamet Edenler

İkamet koşuluna ilişkin diğer bir istisna, Türkiye ile arasında sağlık yardımlarını da kapsamına alan bir sosyal güvenlik sözleşmesi bulunan ülkelerde ikamet eden Türk vatandaşlarına yöneliktir. Sosyal güvenlik sözleşmeleri ikili veya çok (üç veya daha fazla) taraflı şekilde yapılabilmektedir. Nitekim Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu çok sayıda ikili sosyal güvenlik sözleşmesi ve çok taraflı sözleşme olarak “Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesi (European Convention On Social Security)” bulunmaktadır.

1. İkili Sosyal Güvenlik Sözleşmeleri Yönünden

İkili sosyal güvenlik sözleşmeleri, göçmen işçiliğin artması ile yaygınlaşan; vatandaşı olunan ülke ile çalışılan/ikamet edilen ülkenin farklı olması nedeniyle ortaya çıkması muhtemel sıkıntıları önleyerek kişileri sosyal güvenlik sisteminin kapsamında korumayı ve koordinasyon sağlamayı amaçlayan sözleşmelerdir³¹. Bu sözleşmelerle kişileri vatandaşı oldukları ülke ile ikamet ettikleri ülkenin her ikisi yönünden çifte yükümlülükten kurtarma ve sözleşme tarafı (âkit) ülkelerin vatandaşları yönünden her iki ülkede eşit işlem tesis etme amaçları ön plandadır.

Sosyal güvenlik hukukunda ikili sosyal güvenlik sözleşmeleri, Türkiye Cumhuriyeti mevzuatının ne şekilde uygulanacağı yönünden büyük bir önem taşır. Nitekim yabancılık unsuru içeren sosyal sigorta ilişkilerinde, ilk olarak ikamet edilen ülke ile Türkiye arasında bir sosyal güvenlik sözleşmesinin bulunup bulunmadığı tespit edilir. Sözleşmenin varlığı halinde, sigortalılık ilişkisine öncelikle sözleşme hükümleri uygulanır. Sözleşmede konuya ilişkin bir hüküm bulunmaması halinde ve diğer hallerde ise iç hukuk normları uygulama alanı bulur.

2023 yılı itibarıyla Türkiye ile arasında sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanan ülke sayısı 35’tir. Bu ülkeler İngiltere, Almanya, Hollanda, Belçika, Avusturya, İsviçre, Fransa, Danimarka, Libya, İsveç, Norveç, KKTC, Kanada, Makedonya, Arnavutluk, Azerbaycan, Gürcistan, Romanya, Kebek, Bosna-Hersek, Çek Cumhuriyeti, Lüksemburg, Hırvatistan, Slovakya, Sırbistan, İtalya, Kore, Karadağ, Tunus, Macaristan, Moldova, Kırgızistan, Moğolistan, Polonya ve İran’dır³². İran ile yapılan sözleşme dışındaki tüm sözleşmeler yürürlüğe girmiştir. İran ile imzalanan sosyal güvenlik sözleşmesi ise onay aşamasındadır.

Her ne kadar Türkiye’nin taraf olduğu sosyal güvenlik sözleşmesi sayısı 35 olsa da, taraf olunan sosyal güvenlik sözleşmelerinin tümünde sağlık yardımları kapsama alınmamıştır. Sağlık yardımlarının kapsama alındığı sosyal güvenlik sözleşmesi sayısı 19’dur. Almanya, Belçika, KKTC, Karadağ, Macaristan, İtalya ve Tunus ile yapılan sözleşmelerde sağlık yardımları 4/1-a, 4/1-b ve 4/1-c’lileri; Çek Cumhuriyeti, Romanya, Azerbaycan, Hollanda, Fransa, Lüksemburg, Arnavutluk, Makedonya, Hırvatistan, Avusturya, Sırbistan ve Bosna Hersek ile yapılan sözleşmeler ise yalnızca 4/1-a’lıları kapsama almaktadır.

Öte yandan, İtalya ve Tunus ile yapılan sosyal güvenlik sözleşmelerde sağlık yardımları kapsamına 4/1-a, 4/1-b ve 4/1-c’liler alınmış olsa da, bu ülkelerle Türkiye Cumhuriyeti arasında idari bir anlaşma mevcut olmaması nedeniyle, sağlık sigortasına ilişkin hükümler uygulanamamaktadır³³. Benzer şekilde, Azerbaycan’la yapılan ve 4/1-a statüsündeki sigortalıları kapsayan sağlık sigortasına ilişkin hükümler de Azerbaycan mevzuatından kaynaklanan sebeplerle uygulama alanı bulamamaktadır³⁴.

³¹ İkili anlaşmalar hakkında ayrıca bkz. LİMONCUOĞLU, S. Alp: “İkili Sosyal Güvenlik Anlaşmalarının Kapsamı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, 19(Özel Sayı), 2017, s.2167-2186; ÖZTÜRK, Ercüment: “Türk Sosyal Sigorta Sisteminde Kısa Vadeli Sigorta Kolları Bakımından İkili Sosyal Güvenlik Sözleşmeleri”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2006, s.5-31; SÖZER, İkili Anlaşmalar, s.205-206; ALP, s.46.

³² <https://www.sgk.gov.tr/Content/Post/8d2c0ec8-1558-48ef-8075-3ed3e860208b/Sosyal-Guvenlik-Sozlesmeleri-2022-09-09-03-56-39#:~:text=Almanya%2C%20Makedonya%2C%20L%3BCksemburg%2C%20Hollanda,%2C%20Arnavutluk%2C%20Macaristan%2C%20Tunus.> (Erişim: 9.7.2023)

³³ <https://www.sgk.gov.tr/Content/Post/a8767f43-a6d4-4526-967f-d41cd56d36be/Yurtdisi-2022-08-24-10-30-30> (Erişim: 9.7.2023)

³⁴ Türkiye ile Azerbaycan Arasındaki Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin İdari Anlaşma m.26’da yer alan “Analık ve protez yardımları dışındaki diğer sağlık yardımlarıyla ilgili hükümler, zorunlu sağlık sigortası konusunda Azerbaycan Cumhuriyeti mevzuatı yürürlüğe girdikten sonra uygulanır.” hükmü uyarınca, Türkiye ile Azerbaycan arasındaki analık ve protez

Bu sebeplerle sağlık yardımları bakımından *fiilen* uygulama alanı bulan sosyal güvenlik sözleşmesi sayısı 16'dır. Kore, İsveç, Kebek, Norveç, Kanada, Gürcistan, Slovakya, Libya, Moldova, İsviçre, Kırgızistan, Danimarka, Moğolistan, Polonya, İngiltere ve İran ile imzalanan sözleşmelerde ise sağlık yardımları kapsama alınmamıştır³⁵.

Buna göre sağlık yardımlarının kapsama alındığı sosyal güvenlik sözleşmelerinden birine taraf bir ülkede ikamet eden ve bu ülke mevzuatına göre (sigortalı veya gelir/aylık sahibi sıfatıyla) sağlık sigortası kapsamında olan Türk vatandaşları ile bu kişilerin bakmakla yükümlü oldukları aile bireyleri, Türkiye'de ikamet etmiyor olsalar ve GSS kapsamında bulunmasalar dahi, ikamet ettikleri ülkede sahip oldukları sağlık sigortası uyarınca, Türkiye'de buldukları süre zarfında sosyal güvenlik sözleşmesi uyarınca genel sağlık sigortası kapsamında sağlık hizmetlerinden yararlanabileceklerdir (GSSTPY m.6/10)³⁶. Ancak bu yararlanma hali, yukarıda da açıklandığı üzere, SGK ile sözleşmeli sağlık hizmeti sunucularının sunduğu sağlık hizmetleri ile sınırlıdır.

Diğer taraftan, Türkiye ile arasında sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmayan bir ülkede ikamet edenler ya da Türkiye ile arasında sosyal güvenlik sözleşmesi bulunan ve fakat bu sözleşmede sağlık yardımlarının kapsama alınmadığı bir ülkede ikamet edenler, ikamet ettikleri ülkede sahip oldukları sağlık sigortası uyarınca Türkiye'de buldukları geçici veya sürekli süre zarfında genel sağlık sigortası kapsamında sağlık hizmetlerinden yararlanamazlar³⁷. Sözü edilen kişilerin genel sağlık sigortası kapsamında bulunabilmeleri için, diğer istisna hallerinden birinin sağlanması gerekir.

2. Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesi Yönünden

14.12.1972 tarihinde imzaya açılan “Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesini” ve “Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Ek Anlaşmayı” Türkiye Cumhuriyeti 13.7.1976 tarihinde onaylamıştır³⁸. Günümüzde bu sözleşmeyi onaylayan ülke sayısı Lüksemburg, İtalya, İspanya Hollanda, Avusturya, Belçika, Portekiz, ve Türkiye olmak üzere 8'dir³⁹. İspanya ve Portekiz dışındaki ülkelerle Türkiye arasında halihazırda ikili sosyal güvenlik sözleşmesi bulunduğundan, Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesi hükümleri İspanya ile Portekiz ülkeleri bakımından önem taşımaktadır.

Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesi, 4/1-c'lileri kapsam dışında tutmuş; 4/1-b'liler yönünden uzun vadeli sigortaları kapsama almış; 4/1-a'lılar yönünden ise uzun vadeli sigortaların yanı sıra kısa vadeli sigortaları da kapsama almıştır. Her ne kadar 4/1-a'lılar yönünden hastalık sigortası içinde sağlık yardımları da kapsama alınmış olsa da, Sözleşme'nin 26. maddesinde hastalık ve analık sigortası hükümlerinin uygulanması taraf ülkeler arasında mutabakat bulunması şartına bağlanmıştır. Türkiye ile İspanya ve Portekiz arasında henüz bu yönde bir mutabakat bulunmadığından, Sözleşmenin sağlık yardımlarına ilişkin hükümleri uygulama alanı bulamamaktadır (2021/34 sayılı SGK Genelgesi⁴⁰, K.1, 2., K.2, B.2, 1.).

Açıklanan sebeplerle bu ülkelerde ikamet eden ve sağlık sigortası kapsamında olan Türk vatandaşları, ikili sosyal güvenlik sözleşmeleri yönünden belirtildiği üzere, Türkiye'de buldukları geçici veya sürekli süre zarfında GSS kapsamında sağlık hizmetlerinden yararlanamazlar.

F. Sosyal Güvenlik Kurumundan Gelir/Aylık Almakta Olup Yurt Dışında İkamet Edenlerden Geçici Süreyle Türkiye'de Bulunanlar

5510 sayılı Kanuna veya mülga sosyal sigorta kanunlarına göre SGK'dan gelir/aylık almakta olanlar da Türk hukukunda genel sağlık sigortalısı kabul edilirler (SSGSSK m.60/1-f). Ancak “Türkiye'de geçen sigortalılığı uyarınca kendisine aylık bağlanan kişilerden Türkiye'de ikamet etmeyenler”, SSGSSK m.60/1-f kapsamında genel sağlık sigortalısı kabul edilmezler. Bu kişiler, yurt dışında bir ülkede ikamet ettikleri müddetçe, bakmakla yükümlü olunan kimse sıfatıyla dahi GSS'den yararlanamazlar (SSGSSK m.60/3). Bu istisnai durum, 3201 sayılı Kanun kapsamında yurt dışı hizmet borçlanması yapmak suretiyle SGK'dan aylık alıp Türkiye'de ikamet etmeyen Türk vatandaşları ile mavi kart hamilleri için de geçerlidir.

Öte yandan ikametleri Türkiye dışında başka bir ülkede olan bu kimseler, Türkiye'de buldukları zamanlarda genel sağlık sigortasından yararlandırılırlar (2017/26 sayılı SGK Genelgesi, 4.1.). Aynı şekilde, bu kişilerin gelir/aylık alma hakları devam ettiği sürece, kendilerinin yurt içinde ikamet eden bakmakla yükümlü olunan kimse sıfatına sahip aile bireyleri de, bu statüleri uyarınca genel sağlık sigortasından yararlanır (GSSTPY m.10/1)⁴¹.

yardımları dışında kalan sağlık sigortası hükümleri uygulamaya girmemiştir. Bkz. 2020/31 sayılı SGK Genelgesi, <https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/165959> (Erişim: 4.7.2023)

³⁵ http://eski.sgk.gov.tr/wps/wcm/connect/6b063875-e13a-426f-9fce-ca388e0ae08b/sosyal_guvenlik_sozlesmeleri_092021.pdf?MOD=AJPERES (Erişim: 9.7.2023)

³⁶ YILMAZ, Atakan: 675 Soruda Gurbetçilerin Sosyal Güvenlik Hakları, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2016, s.296-297; ELMA, s.590.

³⁷ YILMAZ, s.319.

³⁸ RG: 23.7.1976, 15655. Sözleşmenin Türkçe metni ve uygun bulunduğu dair kanun hakkında ayrıca bkz. https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc059/kanuntbmmc059/kanuntbmmc05902023.pdf (Erişim: 2.7.2023)

³⁹ <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=078> (Erişim: 2.7.2023)

⁴⁰ <https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/183204> (Erişim: 2.7.2023)

⁴¹ Aynı yönde bkz. ELMA, s.593.

G. Türkiye ile Arasında Sosyal Güvenlik Sözleşmesi Bulunmayan Bir Ülkede İkamet Edenlerden İkamet Ettiği Ülkenin Sosyal Sigorta Sistemine Dahil Olmayan Bağımsız Çalışanlar

Yurt dışında ikamet etmeye başlayan 5510 sayılı Kanuna göre 4/1-b sigortalılık statüsündeki bir kimsenin (kendi nam ve hesabına bağımsız çalışanın) sigortalılık niteliği, yabancı bir ülkede ikamet ettiği ve o ülke mevzuatına göre sigortalı olarak çalışmaya başladığı ya da ikamet esasına bağlı olarak ülkenin sosyal güvenlik sistemine dâhil olduğu tarihten bir gün öncesinde sona erer (SSGSSK m.9/1-b-7; SSİY m.14/2-1). Bu kişiler Türkiye’de kendi nam ve hesaplarına bağımsız çalışmaya devam etse dahi, yurt dışında ikamet etmeleri ve o ülke sosyal güvenlik mevzuatına tabi olmaları durumunda 5510 sayılı Kanun kapsamında sigortalı sayılmazlar (SSGSSK m.6/1-e; SSİY m.10/1-d).

Öte yandan bu düzenlemelerin aksi yönde ele alınmasından, ikamet edilen ülke sigorta sistemine dâhil olunmadığı ve ikamete dayalı sosyal yardım alınmadığı müddetçe, yurt dışında ikamet etmeye başlanmasına rağmen 4/1-b’li statüsünün devam edebileceği sonucuna varılabilir. Diğer bir söyleyişle, salt yurt dışında ikamet etmeye başlamak 4/1-b’linin sigortalılığını sona erdirmez; sigortalı, SSGSSK m.9 uyarınca sigortalılığını sonlandırmadığı müddetçe, prim ödemek suretiyle sigortalılık niteliğini sürdürebilir⁴². Bu nedenle Türkiye ile arasında sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmayan bir ülkede ikamet edenlerden ikamet ettiği ülkenin sosyal sigorta sistemine dahil olmayan bağımsız çalışanların GSS statüsü, iradeleri doğrultusunda ve prim ödeme yükümlülüğünün yerine getirilmeleri şartıyla devam edebilecektir.

Sigortalı niteliğinin devam ettirildiği bu hallerde, sigortalının bakmakla yükümlü olunan kimse sıfatına sahip aile üyeleri de Türkiye’de genel sağlık sigortasından genel hükümler uyarınca yararlanmaya devam eder⁴³.

H. Önceden Türkiye’de İkamet Etmis Ancak Halihazırda Türkiye ile Arasında Sosyal Güvenlik Sözleşmesi Bulunmayan Bir Ülkede İkamet Edenlerden 5510 Sayılı Kanuna Göre İsteğe Bağlı Sigortalı Olanlar

İsteğe bağlı sigorta, zorunlu sigortalılık uyarınca sosyal sigorta kapsamına dahil olmayan ya da kısmi sigortalı olarak bazı sigorta kollarının kapsamı dışına çıkarılan kişilere sosyal sigorta kapsamına dahil olma imkânı veren sosyal sigorta ilişkisidir⁴⁴. İsteğe bağlı sigortada da Türkiye’de ikamet etmek, sigorta kapsamına girmek ve sigorta ilişkisini devam ettirmek için kural olarak ön koşul kabul edilir (SSGSSK m.50/2). Buna göre isteğe bağlı sigortalılık, sosyal güvenlik sözleşmesi hükümleri ayrı olmak üzere, kural olarak yerleşim yerinin yurt dışında bir ülke olarak değiştirildiği tarihte sona erer (SSİY m.95/1). Ancak isteğe bağlı sigortalılıkta da Türkiye’de ikamet ediyor olmak şartına istisnalar getirilmiş; kimi hallerde sigortalı Türkiye’de ikamet etmese dahi kendisine isteğe bağlı sigortalı olabilmek ve/veya bu sigortalılık ilişkisini sürdürebilmek imkânı tanınmıştır.

Bu istisnalardan ilki, Türkiye’de ikamet etmekte iken sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkelerdeki Türk vatandaşlarından olmaktadır (SSGSSK m.50/2). Bu düzenleme esas itibarıyla sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışına çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçileri (5/1-g’liler) için getirilmiştir. Buna göre yurt dışında çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçilerinden olup isteğe bağlı sigortalılık talebinde bulunanlardan Türkiye’de ikamet şartı aranmaz (SSİY m.91/2). Bu kişilerin yurt dışına götürülmeden önce başlamış isteğe bağlı sigortalılıkları varsa sona ermez; bu sigortalılık, yerleşim yeri değişikliğinden etkilenmez (SSİY m.95/1). Bu sigortalıların yurt dışındaki çalışmalarının sona ermesi ve Türkiye’ye dönmeleri halinde isteğe bağlı sigortalılıkları da sona erer. Ancak talepte bulunmaları ve zorunlu sigortalı olmamak başta olmak üzere diğer koşulları sağlamaları şartıyla isteğe bağlı sigortalılıklarını sürdürmeleri mümkündür.

Her ne kadar “Türkiye’de ikamet etmekte iken sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış bir ülkede bulunma” düzenlemesi 5/1-g’lileri amaçlayarak getirilse de, isteğe bağlı sigortalı olabilmek için koşulları sağlayan diğer Türk vatandaşlarının da bu düzenlemeden yararlanabileceğini ifade etmek gerekir⁴⁵. Sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış bir ülkede ikamet eden, 5510 sayılı Kanuna göre zorunlu sigorta kapsamında bulunmayan, kendi sigortalılığı nedeniyle Türkiye Cumhuriyeti Devleti kanunlarından kendisine aylık bağlanmayan 18 yaşından büyük Türk vatandaşı, talep etmesi halinde isteğe bağlı sigortalı olabilir.

Görüldüğü üzere isteğe bağlı sigortalı olmak bakımından “Türkiye’de ikamet etmek” koşulu, “Türkiye’de ikamet ediyor olmak veya önceden Türkiye’de ikamet etmiş olmak” şeklinde bir anlam içermektedir⁴⁶. Kanunkoyucu, önceden Türkiye’de ikamet etmiş olanların isteğe bağlı sigortalılıklarının

⁴² EZER, s.246. Öte yandan, SGK’nın 2019/17 sayılı genelgesinde benzer bir husus 60/1-g kapsamında GSS’li olanlar yönünden ele alınmış; bu kişilerin GSS kapsamı dışına çıkması için yurt dışında ikamet etme (yurt dışı adres beyanı) veya başka bir ülkede sağlık yardımlarından yararlanma hakkını elde etme hususuna yer verilmiştir. Diğer bir ifadeyle 60/1-g’liler yönünden Türkiye’de ikamet etmeksizin GSS statüsünü sürdürme olanağı ortadan kaldırılmıştır. Ayrıca bkz. 2019/17 sayılı SGK Genelgesi, 3.4.1.3.

⁴³ ELMA, s.593.

⁴⁴ İsteğe bağlı sigorta hakkında detaylı bilgi için bkz. BELVERENLİ, Demet: 5510 Sayılı Kanun Kapsamında İsteğe Bağlı Sigortalılık, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s.71-72; BASKAN, Esra: “İsteğe Bağlı Sigortalılık”, Legal İSGHD, 15(57), 2009, s.128-152; GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s.190-199; ALPER, s.158-166.

⁴⁵ EZER, s.263; BOŞAN, s.317. Benzer yönde bkz. BALCI, Mesut: “5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Döneminde İsteğe Bağlı Sigortalılık Uygulaması Hakkında İnceleme”, Sicil, (14), 2009, s.250-251.

⁴⁶ EZER, s.263; BELVERENLİ, s.89. “Türkiye’de hiç ikamet etmemiş olan ancak Türk vatandaşı anne ve babadan yurt dışında (Türkiye ile arasında sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmayan bir ülkede) doğup Türk vatandaşlığını kazananların da isteğe bağlı olabileceği” yönünde bkz. BALCI, s.251.

devam edebilmesini, Türkiye ile arasında sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmayan bir ülkede ikamet etme ile sınırlamıştır.

Buna göre kural olarak Türkiye ile arasında sosyal güvenlik sözleşmesi bulunan bir ülkede ikamet edenler isteğe bağlı sigortalı olamazlar. Bunun istisnası, ilgili sosyal güvenlik sözleşmesinde isteğe bağlı sigortalı olunabilmesine ilişkin özel düzenlemelerin bulunmasıdır. Nitekim Fransa, İngiltere, İsveç ve İsviçre ile imzalanan ikili sosyal güvenlik sözleşmelerinde, bu ülkelerde sigortalı olanların Türkiye’de ikamet etme şartı aranmaksızın (ancak isteği bağlı sigortalı olmak için aranan diğer şartları yerine getirmeleri şartıyla) isteğe bağlı sigortalı olabilmeleri mümkün kılınmıştır (2013/11 sayılı SGK Genelgesi, K.7, B.1, 1.1.)⁴⁷.

V. TÜRKİYE’DE İKAMET ETMEYEN TÜRK VATANDAŞLARININ TÜRKİYE’DE İKEN SAĞLIK HİZMETLERİNDEN YARARLANMALARINDA USUL VE ESASLAR

Türkiye’de ikamet etmemesine rağmen genel sağlık sigortası kapsamında olan (veya sağlık hizmetlerinden GSS’li gibi yararlanabilen) Türk vatandaşları, yukarıda gruplar halinde sıralanmıştır. Söz konusu Türk vatandaşlarının, genel sağlık sigortası kapsamında finansmanı sağlanan sağlık hizmetlerinden Türkiye’de buldukları süre zarfında yararlanmaları mümkündür. Nitekim yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşlarının büyük bir kısmı, yılın belli bir döneminde çeşitli sebeplerle Türkiye’de bulunabilmekte; bu kişilerin bakmakla yükümlü olunan sıfatına sahip aile üyeleri de, Türkiye’de geçici olarak bulunabilmekte ya da ikamet edebilmektedir. Bu kişilerin Türkiye’de iken genel sağlık sigortasından yararlanma koşulları, esas itibarıyla iki eksende gerçekleşir.

İlk ihtimal, Türk vatandaşının ikamet ettiği ülke ile Türkiye arasında bir sosyal güvenlik sözleşmesinin bulunmasına ve bu sözleşmede sağlık hizmetlerinin kapsama alınmış olmasına ilişkindir. Böyle bir durumda yurt dışında bir ülkede ikamet etmekte olan Türk vatandaşının Türkiye’de sağlık hizmetlerinden yararlanma koşulları, ilgili sosyal güvenlik sözleşmesinin hükümlerine göre belirlenir.

İkinci ihtimal ise Türk vatandaşının ikamet ettiği ülke ile Türkiye arasında bir sosyal güvenlik sözleşmesinin bulunmamasına veya bulunsu bile bu sözleşmede sağlık hizmetlerinin kapsama alınmış olmamasına veya sağlık sigortasının uygulanabilir olmamasına ilişkindir. Bu hallerde, Türkiye’de ikamet etmemesine rağmen istisnaen GSS kapsamında bulunan Türk vatandaşının Türkiye’de iken sağlık hizmetlerinden yararlanma koşulları iç hukuka göre belirlenir.

Bu ihtimaller aşağıda ayrı başlıklar halinde ele alınmıştır.

A. Türkiye ile Arasında Sağlık Hizmetlerini Kapsama Alan Bir Sosyal Güvenlik Sözleşmesi Bulunmayan Ülkede İkamet Edenler

Bu kapsama giren GSS’liler bakımından genel sağlık sigortası kapsamında sağlık hizmetlerinden yararlanma hali, aksi öngörülmediği müddetçe genel hükümlere göre belirlenir. Diğer bir anlatımla, sigortalıların (ve bakmakla yükümlü oldukları kimselerin) Türkiye’de buldukları süre zarfında GSS kapsamında sağlık hizmetlerinden yararlanma şartları iç hukuk hükümlerine (5510 sayılı Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine) göre tayin edilir.

1. Bekleme Süresini Sağlama

Değindiği üzere, Türk hukukunda GSS kapsamında sağlık hizmetlerinden yararlanmanın temel koşulu, yükümlü olunan GSS primini ödemiş olmaktır. Buna göre GSS primi ödemekle yükümlü tutulan GSS’liler, sağlık hizmeti sunucusuna başvuru tarihinden önceki son bir yılda en az 30 gün GSS primi ödemiş olmalıdır (SSGSSK m.67/1-a)⁴⁸. Bunun dışında sigortalılardan prim ödeme borcunun bulunmaması gibi bir koşul kural olarak aranmamaktadır⁴⁹. Ancak bu genel kurala, bazı sigortalı grupları yönünden ek koşullar getirilmiştir.

Örneğin GSS primini kendisi ödeyenlerin (4/1-b’li sigortalılar ve bakmakla yükümlü oldukları kimseler ile 60/1-g kapsamındaki GSS’liler), sağlık hizmeti sunucusuna başvuru tarihinde 60 günden fazla (ertelenen veya taksitlendirilenler hariç olmak üzere) herhangi bir prim borcunun bulunmaması gerekir (SSGSSK m.67/1-b, m.67/1-c).

İsteğe bağlı sigortalı olup bu statü uyarınca GSS kapsamında olanların ve Türkiye’de ikamet eden Türk vatandaşlarının Türkiye’de ikamet etmeyen aile üyelerinden ferden (60/1-g statüsünde) GSS kapsamına girenlerin ise sağlık hizmeti sunucusuna başvuru anında herhangi bir prim borcunun bulunmaması gerekir (SSGSSK m. 67/1-c, Ek m.13/3).

GSS primi ödemekle yükümlü tutulmayanlar (bakmakla yükümlü olunan kişiler ve SGK’dan gelir/aylık alanlar) ise, bu koşula tabi olmaksızın GSS kapsamında sağlık hizmetlerinden yararlanabilirler. Buna göre Türkiye’de geçen sigortalılığı uyarınca kendisine aylık bağlanan kişilerden Türkiye’de ikamet etmeyenler (ve bu kişilerin bakmakla yükümlü olduğu kimseler), Türkiye’de buldukları zamanlarda herhangi bir prim ödemeksizin genel sağlık sigortasından yararlandırılırlar.

5510 sayılı Kanunda sağlık hizmetlerinin sunumu için bekleme süresi (prim ödeme koşulu) aranmayan kişi ve hallere ilişkin istisnai bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre 18 yaşından küçükler ve tibben başkasının bakımına muhtaç olan kişiler yönünden; ayrıca trafik kazası ve acil hallerde, iş kazası

⁴⁷ Ayrıca bkz. BOSTAN, s.317.

⁴⁸ Prim ödeme koşulu hakkında bkz. SÖZER, Ali Nazım: “Genel Sağlık Sigortası Edimlerinden Yararlanmada Prim Koşulu”, (Prim Koşulu), Sicil, (13), 2009, s.159-171; SÖZER, Genel Sağlık Sigortası, s.237-248; BİLGİLİ, Özkan: “Bekleme Süresi ile Prim Borcu Bakımından Genel Sağlık Sigortası Kapsamındaki Sağlık Hizmetlerinden Yararlanma Şartları”, in Khorram Manafidzaji (ed.), Karadeniz Zirvesi 4.Uluslararası Sosyal Bilimler Kongresi, Ubak Yayınevi, Çevrimiçi 2020, s.17-24; GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s.838-844; UŞAN, s.284-286; SÜMER, s.285-288.

⁴⁹ UŞAN, s.286; EKİN, s.156; BOSTANCI, s.161.

ile meslek hastalığı hallerinde, bildirim zorunlu bulaşıcı hastalıklarda, madde bağımlılığı tedavisine yönelik sağlık hizmetlerinde, analık sebebiyle tıbbi bakım ve tedavilerde, afet, savaş ve grev ve lokavt hallerinde sağlık hizmet sunucularına başvuranlardan 30 günlük GSS primi ödemiş olma koşulu aranmaz (SSGSSK m.67/1)⁵⁰.

2. GSS Kapsamına Giren Bir Sağlık Hizmeti Alma

Genel sağlık sigortası kapsamında sağlık hizmetlerinden yararlanmanın bir diğer şartı, alınan sağlık hizmetinin, finansmanı SGK tarafından karşılanan sağlık hizmetleri arasında olmasıdır. Finansmanı SGK'ca sağlanan sağlık hizmetleri; koruyucu sağlık hizmetleri (örneğin aşı, iş sağlığı ve güvenliği, üreme sağlığı ve hastalık kontrolü hizmetleri vd.), tedavi edici sağlık hizmetleri (örneğin tıbbi muayene, müdahale ve tedaviler, organ nakli, tetkik ve tahliller, analıktan doğan tedavi ve muayeneler, ağız ve diş muayenesi ve tedavisi, yardımcı üreme teknikleri vd.), rehabilite edici sağlık hizmetleri (örneğin psikolojik destek, fizyoterapi, mesleki eğitim vd.) şeklindedir (SSGSSK m.63)⁵¹. Bunların dışında, yol giderleri, gündelik ve refakatçi giderleri de finansmanı sağlanan giderler olarak düzenlenmiştir (SSGSSK m.65).

5510 sayılı Kanun, finansmanı sağlanan sağlık hizmetlerinin yanı sıra, finansmanı sağlanmayacak sağlık hizmetlerini de belirtmiştir. Buna göre vücut bütünlüğünü sağlamaya yönelik olanlar dışında estetik amaçlı (ortodontik diş tedavileri dahil) sağlık hizmetleri, tamamlayıcı, geleneksel veya alternatif tıp uygulamaları, Sağlık Bakanlığınca ruhsat verilmeyen sağlık hizmetleri ve Sağlık Bakanlığınca tıbben sağlık hizmeti olduğu kabul edilmeyen sağlık hizmetlerinin finansmanı SGK'ca karşılanmaz (SSGSSK m.64).

3. Kimlik İbraz Etme

5510 sayılı Kanuna göre “Genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler, sağlık hizmeti sunumu aşamasında (acil hallerde ise acil halin sona ermesinden sonra) nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, evlenme cüzdanı, pasaport veya SGK tarafından verilen resimli sağlık kartı belgelerinden birini ibraz etmekle yükümlüdürler.” (SSGSSK m.67/3, m.71; GSSUY m.26; SUT 1.6).

4. SGK ile Anlaşmalı Sağlık Hizmeti Sunucusuna Başvurma

5510 sayılı Kanunla getirilen sistemde sağlık hizmetleri, sağlık hizmet sunucularından hizmet satın alma yöntemiyle yürütülmektedir⁵². Sigortalının sağlık hizmetini SGK ile anlaşması olan bir sağlık hizmet sunucusundan alması halinde, ilgili hizmet sunucusuna GSS kapsamında ödeme yapılmaktadır. Buna göre yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarının Türkiye’de buldukları süre zarfında GSS kapsamında sağlık hizmetlerinden yararlanmalarının bir diğer koşulu, sağlık hizmetlerini SGK ile anlaşması olan sağlık hizmet sunucularından almalarıdır. Anlaşmalı sağlık hizmeti sunucusu kamu veya özel nitelikli olabilir. Nitekim sağlık hizmetleri için GSS kapsamında hizmet sunucularına SGK’ca ödenecek tutarlar, hizmet sunucusunun kamu veya özel nitelikli olmasına bakılmaksızın “Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu” (SHFK) tarafından hesaplanmaktadır (SSGSSK m.72).

Sigortalının aldığı sağlık hizmetlerinin finansmanının GSS kapsamında sağlanabilmesi için, kural olarak bu sağlık hizmetinin SGK ile anlaşması olan özel veya kamu sağlık hizmet sunucularından alınmış olması gerekir. GSS’linin SGK ile anlaşması olmayan bir sağlık hizmeti sunucusuna başvurması halinde, almış olduğu sağlık hizmeti SGK’ca finanse edilmez (SSGSSK m.73/6; SUT 1.5.1, 3). Bu halde sigortalı, sağlık hizmet bedelini kendisi ödemekle yükümlüdür⁵³. Bu kuralın istisnası ise acil durumlara ilişkindir. Acil hallerde⁵⁴ SGK ile anlaşması olmayan hizmet sunucularından alınan sağlık hizmeti bedeli, SGK’nın inceleme birimlerince kabul edilmesi kaydıyla, sözleşmeli sağlık hizmeti sunucuları için belirlenen bedeller esas alınarak GSS’liye ödenir (SSGSSK m.73/7; SUT 2.3)⁵⁵.

5. İlave Ücret Ödeme

Bir kimsenin sağlık hizmetini almak istediği sağlık hizmeti sunucusu yönünden seçme hakkı bulunmaktadır. Buna göre, SGK ile anlaşmalı olmak kaydıyla, sağlık hizmeti kamu sağlık hizmeti sunucularından ya da özel sağlık hizmeti sunucularından alınabilir. Ancak bu tercih, alınan sağlık hizmeti karşılığında ilave ücret ödenip ödenmemesi konusunda farklılık doğurur.

Özel sağlık hizmeti sunucularına, SHFK tarafından belirlenen sağlık hizmetleri bedeline ek olarak (ve tavan sınıra uymak kaydıyla) sağlık hizmeti alanlardan ilave ücret talep etme imkanı getirilmiştir. Buna göre SGK ile anlaşması olan özel sağlık hizmeti sunucusuna başvurulması halinde, hizmet sunucusunun talep edebileceği fark ücretinin de ödenmesi gerekir (SSGSSK m.73/2; GSSUY m.29). Kural bu olmakla birlikte, mevzuatta açıkça belirtilen bazı kimselerden⁵⁶ özel sağlık hizmeti sunucusunun ilave ücret talep etme imkanı bulunmamaktadır.

⁵⁰ Detaylı liste için bkz. SÖZER, Prim Koşulu, s.159-165; SÖZER, Genel Sağlık Sigortası, s.326-348.

⁵¹ Ayrıca bkz. SÖZER, Genel Sağlık Sigortası, s.252-268; TUNCAY/EKMEKÇİ, s.635-644; ARICI, s.482-490; SÜMER, s.281-283; CENTEL, s.388-393; KURUCA, s.259-268; KURT, s.2293-2296.

⁵² GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s.815; ALPER, s.416-417; TUNCAY/EKMEKÇİ, s.675-676; ARICI, s.504.

⁵³ UŞAN, s.297.

⁵⁴ Acil hal kavramı Genel Sağlık Sigortası Uygulamaları Yönetmeliğinde “ani gelişen hastalık, kaza, yaralanma ve benzeri durumlarda olayın meydana gelmesini takip eden ilk 24 saat içinde tıbbi müdahale gerektiren durumlar ile ivedilikle tıbbi müdahale yapılmadığı veya başka bir sağlık kuruluşuna nakli hâlinde hayatın ve/veya sağlık bütünlüğünün kaybedilme riskinin doğacağı kabul edilen durumlar” şeklinde tanımlanmıştır (GSSUY m.27).

⁵⁵ Acil hallerin özel bir görünümünü ifade eden trafik kazaları yönünden 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununda da “Trafik kazaları sebebiyle sağlık hizmeti sunucularının sundukları sağlık hizmet bedelleri, kazazedenin sosyal güvencesi olup olmadığına bakılmaksızın GSS’li sayılanlar için belirlenen sağlık hizmeti geri ödeme usul ve esasları çerçevesinde SGK tarafından karşılanır.” hükmüne yer verilmiştir (m.98/1). Ayrıca bkz. TUNCAY/EKMEKÇİ, s.649-652.

⁵⁶ “1005 sayılı İstiklal Madalyası Verilmiş Bulunanlara Vatani Hizmet Tertibinden Şeref Aylığı Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerine göre

Kamu sağlık hizmet sunucularının kural olarak sağlık hizmeti alanlardan ilave ücret talep etme yetkileri yoktur. Ancak bunun istisnaları otelcilik hizmetleri, istisnai sağlık hizmetleri ve (sağlık hizmetinin mesai saati dışında öğretim üyesinden alınması halinde) öğretim üyesi hizmetidir (SSGSSK m.73/3; GSSUY m.29). Bu üç durumda SGK ile anlaşması da olsa, GSS’linin kamu sağlık hizmet sunucusuna ilave ücret ödeme yükümlülüğü doğar.

Öte yandan, ne özel ne de kamu sağlık hizmeti sunucuları, acil hallerde kendilerinden hizmet alan kişilerden ilave ücret talep edemeyecektir (SSGSSK m.73/7; GSSUY m.29/3).

6. Katılım Payı Ödeme

Sağlık hizmet sunucusuna başvuranlar ve bunların bakmakla yükümlü olunan kimseler ayrıca, hizmet sunucusunun bulunduğu hizmet basamağına, hizmet sunucusunun kamu veya özel nitelikli olup olmamasına ve alınan sağlık hizmeti türüne göre farklı tutarlarla belirlenen katılım payını da ödemekle yükümlüdür (SSGSSK m.3/26)⁵⁷. Katılım payı alınacak sağlık hizmetleri 5510 sayılı Kanunda ayakta tedavide hekim ve diş hekimi muayenesi, vücut dışı protez ve ortezler, ayakta tedavide sağlanan ilaçlar, yatarak tedavi ve yardımcı üreme yöntemi tedavileri şeklinde belirlenmiştir (SSGSSK m.68/1; GSSUY m.17-21).

Katılım payı ödeme yükümlülüğünün, sağlık hizmetini aldıktan sonra yerine getirilmesi gerekir. Nitekim katılım payı; SGK’ dan gelir ve/veya aylık almakta olanların gelir ve/veya aylıklarından; ücret veya aylıkla çalışanların ücret veya aylıklarından kesilmektedir (SSGSSK m.68/7). Bunun dışında, eczanelerin ve yetkilendirilmiş diğer kurum ve kuruluşların da SGK adına sigortalıdan katılım payı tahsil etmesi mümkündür (GSSUY m.22).

Katılım payı alınmayacak sağlık hizmetleri ve kişiler, 5510 sayılı Kanunun 69. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre iş kazası ve meslek hastalığı, aile hekimliği muayeneleri, koruyucu sağlık hizmetleri, afet ve savaş halinde verilen sağlık hizmetleri gibi Kanunda detaylı olarak sayılan haller ya da kişiler yönünden katılım payı ödeme yükümlülüğü doğmaz (GSSUY m.24). Bazı kişilerin⁵⁸ ise ödemiş olduğu katılım payını geri almasına imkan tanınmıştır.

B. Türkiye ile Arasında Sağlık Hizmetlerini Kapsama Alan Bir Sosyal Güvenlik Sözleşmesi Bulunan Ülkede İkamet Edenler

1. Genel Olarak

Yukarıda değinildiği üzere Türkiye’nin tarafı olduğu sosyal güvenlik sözleşmelerinden 16’sında sağlık hizmetlerine ilişkin fiilen uygulanabilir nitelikte hükümler bulunmaktadır. Almanya, Belçika, KKTC, Karadağ ve Macaristan ile yapılan sözleşmelerdeki sağlık hizmetlerine ilişkin hükümler 4/1-a, 4/1-b ve 4/1-c’lileri; Hollanda, Avusturya, Fransa, Makedonya, Arnavutluk, Romanya, Bosna Hersek, Çek Cumhuriyeti, Lüksemburg, Hırvatistan ve Sırbistan ile yapılan sözleşmelerdeki ilgili hükümler ise yalnızca 4/1-a’lıları kapsama almaktadır. Bu ülkelerde ikamet eden Türk vatandaşları ve bunların aile üyeleri yönünden genel rejimden daha farklı bir uygulama söz konusudur.

Diğer GSS’li statülerinden farklı olarak, bu kişiler bakımından öncelikli olarak tabi oldukları sosyal güvenlik sözleşmeleri uygulama alanı bulur. Genel sağlık sigortası kapsamında Türkiye’de sağlık hizmetlerinden yararlanıp yararlanmama durumları, sosyal güvenlik sözleşmesinde öngörülen koşulları yerine getirip getirmediğine göre tespit edilir. Nitekim taraf olunan sosyal güvenlik sözleşmelerinin uygulanmasına rehberlik etmek amacıyla sosyal güvenlik sözleşmesi için taraf devletlerce ayrıca idari anlaşmalar kabul edilmiştir⁵⁹. Bunun dışında, SGK tarafından da sosyal güvenlik sözleşmelerinin uygulanmasına yol göstermek için çok sayıda genelge yayınlanmıştır.

İlgili sosyal güvenlik sözleşmesinde konuya ilişkin hüküm bulunmayan diğer hallerde ise, Türkiye’de alınacak sağlık hizmetlerinin uygulama koşulları yönünden Türk mevzuatının ilgili hükümleri uygulama alanı bulur. Diğer bir ifadeyle, yukarıda açıklanan 5510 ve sayılı Kanun ve diğer ilgili mevzuat hükümleri, sosyal güvenlik sözleşmelerinden sonra gelmek kaydıyla, bu halde de uygulanır.

2. Sağlık Hizmetlerinden Yararlanma

Sosyal güvenlik sözleşmelerine göre sözleşme tarafı diğer ülkede sağlık sigortası kapsamında olan ya da taraf ülkeden gelir ve/veya almakta olan sigortalılar ve bunların bakmakla yükümlü olduğu kimseler, Türkiye’de geçici veya sürekli buldukları sırada, GSS kapsamında olmasalar da, GSS’nin finanse ettiği sağlık hizmetlerinden “GSS’li gibi” yararlanabilecektir⁶⁰. Bu kapsama giren “bakmakla yükümlü olunan kimse”lerin tespiti ise, SGK’nın genel yazısı uyarınca 2017/26 sayılı “Genel Sağlık Sigortası Sağlık Aktivasyon İşlemleri” hakkındaki genelgenin kıyasen uygulanması yoluyla çözülmektedir⁶¹.

şeref aylığı alan kişiler, 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerine göre aylık alan kişiler, harp malullüğü aylığı alanlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamında aylık alanlar, tedavileri sonuçlanıncaya veya maluliyetleri kesinleşinceye kadar 3713 sayılı Kanun m.21’de sayılan olaylara maruz kalmaları nedeniyle yaralananlar ile bunların bakmakla yükümlü oldukları kişilerden ilave ücret alınmaz.” (GSSUY m.29/1).

⁵⁷ Katılım payı hakkında bkz. OCAK, Saim: “Sağlık Hizmetlerinde Katılım Payı Uygulaması”, Sicil, (16), 2009, s.181-195; GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s.850-853; SÖZER, Genel Sağlık Sigortası, s.355-369; ELMA, s.625; UŞAN, s.287-294; SÜMER, s.288-290; CENTEL, s.405-408; KURUCA, s.282-290.

⁵⁸ Bu kimseler; “gelir testi sonucunda düşük gelirliliği tespit edilenler (GSS primleri Hazine tarafından karşılananlar), 2022 sayılı 65 Yaşını Dolurmuş Muhtaç, Gücsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun kapsamında aylık alanlar, uluslararası koruma sahipleri ve vatansızlar”dır. Ayrıca bkz. ELMA, s.628.

⁵⁹ Ayrıca bkz. ALP, s.59-60.

⁶⁰ ELMA, s.590; ÖZTÜRK, s.64, 69-74.

⁶¹ “Yurt Dışı Borçlanması veya Sözleşme Kapsamında Hizmet Birleştirilmesi Yoluyla Aylık Bağlananların Bakmakla Yükümlü Oldukları Aile Bireylerinin Tespiti” konulu ve 16.01.2023 tarihli SGK Başkanlığı Genel Yazısı için bkz.

Sosyal güvenlik sözleşmesi uyarınca sağlık hizmetlerinden yararlanma, GSS'lilere kıyasla bazı farklılıklar barındırmaktadır. Örneğin GSS kapsamında sağlık yardımlarından yararlandırılan kişilere sunulan sağlık hizmetleri, MEDULA sistemi üzerinden provizyon alınarak gerçekleştirilmektedir (SUT 1.7.1, 2)⁶². Sağlık yardımlarını kapsayan sosyal güvenlik sözleşmelerinin uygulanmasına ilişkin işlemler ise, Yurtdışı Provizyon, Aktivasyon ve Sağlık Sistemi (YUPASS) aracılığıyla yerine getirilmektedir. Sosyal güvenlik sözleşmesi tarafı ülkelerin sigorta kurumları adına SGK aracılığıyla sağlık yardımlarından halihazırda yararlanan ve yararlanmaya devam edecek kişilerin tescil ve hak sahipliği işlemleri YUPASS'ta yapılmaktadır⁶³.

Sağlık yardımlarından yararlananların kaydının ve yararlanma durumlarının tutulduğu bu sistemin, sağlık yardımlarını kapsayan sosyal güvenlik sözleşmesi tarafı tüm ülkelere entegre edilmesine ilişkin çalışmalar SGK Başkanlığınca halen sürdürülmektedir. Böylelikle yararlanıcıların, YUPASS numaraları ve kimlik belgesi veya pasaport ibraz etmek suretiyle Türkiye'de sağlık yardımlarından daha kolay bir şekilde yararlanabilmeleri amaçlanmaktadır. Nitekim YUPASS uygulamasına tamamen geçilmeden önce, yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşlarının Türkiye'de iken GSS kapsamındaki sağlık hizmetlerinden yararlanmaları, sağlık aktivasyonu talepleri sonrası adlarına düzenlenen sağlık yardımı hakkı belgesi uyarınca gerçekleştirilmekteydi⁶⁴. Ancak bu sistem gerek SGK İl Müdürlüklerinin farklı uygulamaları ve gerekse sosyal güvenlik sözleşmelerindeki farklılıklar nedeniyle yeknesak bir şekilde yürütülememekteydi.

Sağlık hizmetlerinden yararlanmadaki bir diğer farklılık, SGK tarafından sağlık hizmet sunucularına yapılan ödemelere ilişkindir. Sözleşmeli sağlık hizmet sunucularından alınan sağlık hizmeti uyarınca, SGK'nın sağlık hizmet sunucusuna yapacağı ödemeler, (SGK'nın faturaları inceleme yetkisi saklı olmak kaydıyla) normalde örnekleme metodu ile incelenmekte ve ardından ödemeler gerçekleştirilmektedir (GSSUY m.35/1). Ancak sosyal güvenlik sözleşmesi uyarınca GSS kapsamındaki sağlık hizmetlerinden yararlananlar (YUPASS aracılığıyla provizyon alınanlar) adına SGK'nın sağlık hizmeti sunucularına düzenleneceği faturaların tamamının sunucuya ödeme yapılmadan önce inceleneceği düzenlenmiştir (SUT 5.2.1, 2-c).

Bir diğer farklılık olarak, sosyal güvenlik sözleşmesi uyarınca GSS kapsamındaki sağlık hizmetlerinden acil haller dışında yararlanma halinde, hastalara sağlanacak ortez, protez, tıbbi araç ve cihaz için önceden SGK'nın ilgili biriminden onay alınması zorunlu tutulmuştur (SUT 1.7.1, 4).

Belirtelim ki, sosyal güvenlik sözleşmesi aracılığıyla sağlık hizmetlerinden yararlanabilmek için SGK uygulamasında açıkça öngörülen ayrı haller dışında, sosyal güvenlik sözleşmesi kapsamında SGK'nın finanse ettiği sağlık hizmetlerinden yararlanma hali, kural olarak GSS'liler gibi gerçekleşir. Türk vatandaşının bu halde de GSS kapsamında finanse edilen bir sağlık hizmetini alması, kimlik ibraz etmesi, SGK ile anlaşmalı (özel veya kamu) sağlık hizmet sunucusuna başvurması, (mevcut ise) ilave ücret ve katılım payını ödemesi gerekir.

3. Sağlık Hizmet Giderlerinin Tahsili

Sosyal güvenlik sözleşmesi kapsamında sigortalıya sunulan sağlık hizmetlerinin, idari anlaşmalar ve protokoller çerçevesinde sözleşme tarafı ülkeden talep ve tahsil süreci "hesaplaşma" olarak adlandırılır⁶⁵. Taraf ülkelerden birinde iken sağlık yardımlarından yararlanan kişilerin sağlık yardımı giderlerinin tahsili yönünden, sosyal güvenlik sözleşmelerinde "gerçek giderler üzerinden (fiili) hesaplaşma yöntemi", "ortalama giderler üzerinden hesaplaşma yöntemi" ve "götürü giderler üzerinden hesaplaşma yöntemi" olmak üzere farklı yöntemler kabul edilmiştir⁶⁶. Buna göre Türkiye'de iken sağlık yardımlarından GSS kapsamında yararlanan kişilerin sağlık yardımı giderlerinin tahsili yönünden de ilgili hesaplaşma yöntemi uygulanır.

VI. SONUÇ

5510 sayılı Kanunda kabul edilen genel sağlık sigortası, ikamet temelli oluşturulan evrensel nitelikli bir sağlık sigortası modelidir. Bu sigorta modelinde Türkiye'de ikamet eden hemen herkes genel sağlık sigortası kapsamına dahil edilmiştir. Türkiye dışında ikamet etmek ise sigortanın kapsamına çıkmanın temel nedenlerinden biri olarak kabul edilmiştir. Ancak bu kurala getirilen çeşitli istisnalarla birlikte, genel sağlık sigortasının kişi bakımından kapsamı Türkiye'de ikamet etmeyen kişiler yönünden genişletilmiştir. Yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşlarının Türkiye'de buldukları süre zarfında genel sağlık sigortası kapsamında sağlık hizmetlerinden yararlanmaları, Türk vatandaşının ikamet ettiği ülke ile Türkiye arasında sağlık hizmetlerini kapsama alan bir sosyal güvenlik sözleşmesi bulunup bulunmadığına göre değişiklik göstermektedir. Bu çalışmada da Türkiye'de ikamet etmeyip genel sağlık sigortası kapsamına alınan ya da

<https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/193696> (Erişim: 11.8.2023)

⁶² SGK Başkanlığının ilgili duyurusu için bkz. <https://www.sgk.gov.tr/Download/DownloadFile?f=e33a253a-f124-474c-b7cf-42b05e127138.pdf&d=b3511bcf-347a-4761-872c-f645766cefee> (Erişim: 11.8.2023)

⁶³ Ayrıca bkz. "Sağlık Uygulaması Bulunan Tüm Sözleşmeli Ülkelerin YUPASS'a Entegrasyonu" konulu ve 25.02.2022 tarihli SGK Başkanlığı Genel Yazısı. <https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/187155> (Erişim: 11.8.2023).

⁶⁴ Bkz. 2008/87 sayılı SGK Genelgesi, <https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/68863> (Erişim: 11.8.2023). Ayrıca bkz. "Sosyal Güvenlik Sözleşmeleri Kapsamında Sağlık Yardım Belgesi Düzenlemesi" konulu ve 13.07.2018 tarihli SGK Başkanlığı Genel Yazısı, <https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/143289> (Erişim: 11.8.2023); "Sosyal Güvenlik Sözleşmesine Göre Sağlık Yardım Belgesi" konulu ve 08.10.2019 tarihli SGK Başkanlığı Genel Yazısı, <https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/155977> (Erişim: 11.8.2023). 5510 sayılı Kanunun yürürlüğü öncesindeki uygulama için bkz. ÖZTÜRK, s.74-78.

⁶⁵ ÖZTÜRK, s.78.

⁶⁶ YILMAZ, s.320-323; ÖZTÜRK, s.78-79.

genel sağlık sigortası kapsamındaki sağlık hizmetlerinden GSS’li gibi yararlanan kimseler inceleme konusu yapılmıştır.

Türkiye’de ikamet etmeyen Türk vatandaşlarının genel sağlık sigortası kapsamına girmesi ve bu doğrultuda Türkiye’de sağlık hizmetlerinden yararlanmaları, 5510 sayılı Kanunda genel sağlık sigortasının kişi bakımından kapsamı yönünden kabul edilen “Türkiye’de ikamet ediyor olma” koşuluna rağmen önemli bir uygulama alanına sahiptir. Diğer bir anlatımla Türk vatandaşları, halihazırda Türkiye’de ikamet etmemelerine rağmen, belirli koşullar altında Türkiye’de sağlık hizmetlerinden yararlanabileceklerdir. Nitekim hiçbir istisnai durum kapsamına girmeyen Türk vatandaşları yönünden getirilen isteğe bağlı sigortalı olmak suretiyle GSS kapsamına dahil olma imkânı, yaygınlaştırılması halinde belirli aralıklarla ya da sık sık Türkiye’ye gelen gurbetçiler yönünden önemli bir kolaylık sağlayabilecektir. Fakat böyle bir durumda, Türkiye’de ikamet etmeyen Türk vatandaşlarının prim ödeme yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirme külfetine katlanmaları gerekecektir. Kanımızca nimet-külfet dengesi ekseninde bunun yerine getirilmesini talep etmek makul karşılanmalıdır.

Öte yandan, Türkiye’nin taraf olduğu ikili sosyal güvenlik sözleşmesi sayısında son yıllarda önemli gelişmeler kaydedilse de, halen tüm sözleşmelerde sağlık hizmetleri kapsama alınamamıştır. Üstelik bazı sözleşmeler sağlık sigortasını içerse de, âkit devletin iç hukuku gereğince bu sözleşme hükümleri uygulama alanı bulamamaktadır. Kanımızca sosyal güvenlik sözleşmeleri yönünden gündeme alınması gereken ilk husus, özellikle uzun bir süre önce akdedilen sözleşmelerin günümüze uyarlanması ve revize edilmesi olmalıdır. Her ne kadar bazı sözleşmelerde bu yönde revizeler gerçekleştirilse de, sözleşmelerin büyük bir çoğunluğunda bu tür düzenlemelere ihtiyaç bulunmaktadır.

Bunun dışında, sağlık hizmetlerini de kapsama alan sosyal güvenlik sözleşmesi sayısının artırılması konuya ilişkin diğer bir önemli hamle olacaktır. Bu yönde bir düzenleme, yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşlarının, Türk hukukuna tabi olarak ayrıca prim ödemeksizin Türkiye’de iken de sağlık hizmetlerinden yararlanabilmesine imkân verebilecektir.

KAYNAKÇA

- ALP, Nihat Seyhun: Sosyal Güvenlik Alanında Uluslararası İş Birliği ve Türkiye’nin Taraf Olduğu İkili Sosyal Güvenlik Sözleşmeleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum 2013.
- ALPER, Yusuf: Sosyal Sigortalar Hukuku, 12. Baskı, Dora Yayıncılık, Bursa 2022.
- ALTINTAŞ, Elif Hande: “Doğumla Türk Vatandaşı Olup Çıkma İzni ile Türk Vatandaşlığından Ayrılan Kişilerin (Mavi Kart Hamillerinin) Sosyal Güvenlik Hakkı”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 4(2), 2019, s.391-434.
- ARICI, Kadir: Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, 2. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2022.
- BALCI, Mesut: “5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Döneminde İsteğe Bağlı Sigortalılık Uygulaması Hakkında İnceleme”, Sicil, (14), 2009, s.249-253.
- BASKAN, Esra: “İsteğe Bağlı Sigortalılık, Legal İSGHD, 15(57), 2009, s.127-154.
- BELVERENLİ, Demet: 5510 Sayılı Kanun Kapsamında İsteğe Bağlı Sigortalılık, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- BİLGİLİ, Özkan: “Bekleme Süresi ile Prim Borcu Bakımından Genel Sağlık Sigortası Kapsamındaki Sağlık Hizmetlerinden Yararlanma Şartları”, in Khorram Manafidizaji (ed.), Karadeniz Zirvesi 4.Uluslararası Sosyal Bilimler Kongresi, Ubak Yayınevi, Çevrimiçi 2020, s.16-26.
- BOSTAN, Ayhan: “Geçici/Sürekli Görev Kapsamında Yurt Dışına Gönderilen Çalışanların Sosyal Güvenlikleri”, Mali Çözüm, 30(159), 2020, s.309-322.
- BOSTANCI, Yalçın: “Sosyal Güvenlik Hukukunda Genel Sağlık Sigortası”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16(1), 2008, s.145-173.
- CENTEL, Tankut: Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- DEMİRKAYA, Seher: Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Sosyal Güvenlik Hakları, Türk Metal Yayınları, Ankara 2020.
- EKİN, Ali: “Genel Sağlık Sigortasından Yararlanma Şartları ve Esasları”, TBB Dergisi, (100), 2012, s.151-166.
- ELMA, Ramazan: Sosyal Güvenlik Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- EZER, Burcu: Kişisel Durum Değişikliklerinin Sosyal Güvenlik Hukukundaki Etkileri, Türk Metal Yayınları, Ankara 2021.
- GEREK, H. Nüvit: “Son Değişikliklerden Sonra Genel Sağlık Sigortasının Kişiler Bakımından Kapsamı”, Sicil, (25), 2012, s.197-204.
- GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza/CANIKLIOĞLU, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, 19. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2021.
- KORKUSUZ, M. Refik/UGUR, Suat: Sosyal Güvenlik Hukuku, 8. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2022.
- KURT, Suheyl Rebi: “Türk Hukukunda Genel Sağlık Sigortası”, Çankaya Üniversitesi HFD, 5(1), 2020, s.2277-2305.
- KURUCA, Mustafa: Genel Sağlık Sigortası, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2012.
- LİMONCUOĞLU, S. Alp: “İkili Sosyal Güvenlik Anlaşmalarının Kapsamı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, 19(Özel Sayı), 2017, s.2165-2191.
- OCAK, Saim: “Sağlık Hizmetlerinde Katılım Payı Uygulaması”, Sicil, (16), 2009, s.181-201.
- OCAK, Saim: “Sosyal Güvenlik Sözleşmesi İmzalanmamış Ülkelere Gönderilen İşçilerin Sosyal Güvenliği”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 5(19), 2008, s.1067-1102.
- ÖZTÜRK, Ercüment: Türk Sosyal Sigorta Sisteminde Kısa Vadeli Sigorta Kolları Bakımından İkili Sosyal Güvenlik Sözleşmeleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2006.
- SAVAŞ KUTSAL, Burcu: Türk Sosyal Sigortalar Hukukunun Temel İlkeleri, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016.
- SÖZER, Ali Nazım: Türk Genel Sağlık Sigortası, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2020.
- SÖZER, Ali Nazım: “Genel Sağlık Sigortası Edimlerinden Yararlanmada Prim Koşulu”, Sicil, (13), 2009, s.159-173.
- SÖZER, Ali Nazım: “İkili Anlaşmalarla Sosyal Hukukun Koordinasyonu”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2(5), 2005, s.202-221.
- SÖZER, Ali Nazım: “Uluslararası Sosyal Hukukta Mülkîlik ve Şahsîlik İlkeleri”, in Kamu İşverenleri Sendikası (ed.), İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi 15. Yıl Armağanı, Bayrak Matbaacılık, İstanbul 1991, s.119-130.
- SÜMER, Haluk Hadi: Sosyal Güvenlik Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- TUNCAY, A. Can/EKMEKÇİ, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 21. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2021.

- UŞAN, M. Fatih: Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.
- YILMAZ, Atakan: 675 Soruda Gurbetçilerin Sosyal Güvenlik Hakları, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2016.
- http://eski.sgk.gov.tr/wps/wcm/connect/6b063875-e13a-426f-9fce-ca388e0ae08b/sosyal_guvenlik_sozlesmeleri_092021.pdf?MOD=AJPERES (Erişim: 9.7.2023)
- <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Uluslararası-Goc-Istatistikleri-2022-49457> (Erişim: 14.06.2023)
- <https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/68863> (Erişim: 11.8.2023)
- <https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/143289> (Erişim: 11.8.2023)
- <https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/155977> (Erişim: 11.8.2023)
- <https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/165959> (Erişim: 4.7.2023)
- <https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/183204> (Erişim: 2.7.2023)
- <https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/187155> (Erişim: 11.8.2023)
- <https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/193696> (Erişim: 11.8.2023)
- https://www.mfa.gov.tr/yurtdisinda-yasayan-turkler_.tr.mfa (Erişim: 14.6.2023)
- <https://www.sgk.gov.tr/Content/Post/8d2c0ec8-1558-48ef-8075-3ed3e860208b/Sosyal-Guvenlik-Sozlesmeleri-2022-09-09-03-56-39#:~:text=Almanya%2C%20Makedonya%2C%20L%C3%BCksemburg%2C%20Hollanda,%2C%20A mavutluk%2C%20Macaristan%2C%20Tunus.> (Erişim: 9.7.2023)
- <https://www.sgk.gov.tr/Content/Post/a8767f43-a6d4-4526-967f-d41cd56d36be/Yurtdisi-2022-08-24-10-30-30> (Erişim: 9.7.2023)
- <https://www.sgk.gov.tr/Download/DownloadFile?f=e33a253a-f124-474c-b7cf-42b05e127138.pdf&d=b3511bcf-347a-4761-872c-f645766cefee> (Erişim: 11.8.2023)
- https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc059/kanuntbmmc059/kanuntbmmc05902023.pdf (Erişim: 2.7.2023).

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Burcu EZER, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Burcu EZER who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnULR in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.

MEDENÎ USÛL HUKUKU AÇISINDAN NFT'LERİN DELİL OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ**THE EVALUATION OF NFT'S AS EVIDENCE FROM CIVIL PROCEDURE LAW**Mine AKKAN *   & Ekin Cansu KAMACI **  **Makale Bilgi**Gönderi: 11/04/2023
Kabul : 02/11/2023**Anahtar Kelimeler**Blokzincir,
NFT,
Dijital Varlıklar,
Elektronik Belge,
Senet.**Article Info**Received: 11/04/2023
Accepted: 02/11/2023**Keywords**Blockchain,
NFT,
Digital Assets,
Elektronic Document,
Promissory Notes.**Özet**10.21492/inuhfd.1280754 

Teknolojinin gelişimiyle birlikte kişiler arasındaki etkileşim hızlanmıştır. Özellikle fiziki ortamda yapılabilen hukuki işlemlerin dijitalleştirilmesiyle bu etkileşim saniyeler içerisinde gerçekleştirilebilmektedir. Ancak dijitalleşmeyle beraber yapılan işlemlerin güvenliğine ilişkin tereddütler de oluşmaktadır. Bu tereddütlerin ortaya çıkmasıyla birlikte elektronik ortamdaki belgelerin güvenilirliğine ilişkin olarak elektronik imzaya yönelik düzenlemeler yapılmıştır. Bunun sonucunda, güvenli elektronik imzalı olarak düzenlenen belgelerin de el yazısıyla imzalı belgeler gibi güvenilir olabileceği ortaya konulmuştur (EİK m.5/1, TBK m.14/2). Bununla birlikte teknoloji ve dijitalleşme her geçen gün geliştiğinden güvenilir dijitalleşmeye ilişkin olarak blokzincir teknolojisi ortaya çıkmıştır. Bu teknolojinin bir örneğini de NFT'ler (Non-fungible tokens) oluşturmaktadır. NFT'ler değiştirilemeyen dijital varlıklardır. Başka bir ifadeyle NFT'ler gayri maddi varlık olarak nitelendirilmektedir. Bu varlıklarla ilgili telif hakkına, alınıp satılmasına ilişkin bazı uyumsuzlukların ortaya çıkması söz konusu olabilir. Böyle bir durumda NFT'lerin hukuk yargılaması açısından senet niteliğinde olup olmadığının belirlenmesi önemlidir. Medenî usûl hukuku anlamında NFT'lerin hukuki nitelendirilmesinin ispat hukuku açısından değerlendirilmesi gereklidir. Dolayısıyla bu çalışmada, ispat hukuku açısından NFT'lerin hukuki niteliği belirlenmeye çalışılmıştır.

Abstract

With the development of technology, interaction between people is accelerated. Especially with the digitization of legal transactions that can be carried out in a physical environment, this interaction can be realized within seconds. However, with digitalization, there are also doubts about the security of transactions. With the emergence of these doubts, regulations on electronic signature have been made regarding the reliability of documents in electronic media. As a result, it is demonstrated that documents issued with a secure electronic signature can be as reliable as documents with a handwritten signature (EİK m.5/1, TBK m.14/2). However, as technology and digitalization are developing day by day, blockchain technology regarding reliable digitalization has emerged. One example of this technology is NFTs (Non-fungible tokens). NFTs are digital assets that cannot be exchanged. In other words, NFTs are characterized as intangible assets. There may be some disputes regarding the copyright, the buying and selling of these assets. In such a case, it is important to determine whether NFTs are promissory notes in terms of civil proceedings. In terms of civil procedure law, it is necessary to evaluate the legal characterization of NFTs in terms of the law of evidence. Therefore, this study aims to determine the legal characterization of NFTs in terms of the law of evidence.

 Bu eser Creative Commons Atıf-Gayri Ticari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

*Prof. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı.

**Öğr. Gör., Tarsus Üniversitesi, Meslek Yüksekokulu, Hukuk Bölümü.

Atıf Şekli | Cite As: AKKAN, Mine/ KAMACI, Ekin Cansu, "Medenî Usûl Hukuku Açısından NFT'lerin Delil Olarak Değerlendirilmesi", InÜHFD, 14(2), 2023, s.456-468. İntihal | Plagiarism: Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir.

| This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

Due to the long duration of physical transactions against technology, new searches for these transactions have emerged in the field of informatics. For example, before digital banking, people used to send money to each other by going to a bank branch. With the development of technology, money transfer transactions are now made via electronic/mobile banking via the internet. However, we cannot talk about the development of technology only in the field of banking just because of this example. The development of technology is also used in the field of law. It is an indication of the technological developments in the field of law that the negotiable instruments that were previously held in the physical environment can be arranged electronically (electronic bills of lading, electronic product bills) or electronic contracts, the hearings in the field of judgment can be made with audio and video transmission. In this study, the legal nature of NFTs created by using blockchain technology is examined. In the study, an evaluation is made in terms of civil procedure law regarding the legal nature of NFTs. This evaluation is gathered and discussed within the framework of whether NFTs are included in the scope of the document in the law of evidence and especially whether they have the nature of a promissory note. If the NFT held by a party is a promissory note, the legal result is different from the legal result if it is not considered a promissory note. In other words, in case of dispute as a result of legal proceedings regarding NFTs, it is important to distinguish between discretionary evidence and definitive evidence of NFTs. Therefore, in this study, the legal nature of NFTs has been tried to be determined in terms of the law of evidence.

The study is carried out under four main headings. In this study, first of all, in order to understand the concept of NFT better, the blockchain technology which provides the formation of NFT as the first main title, smart contracts expressed by the second generation blockchain known as blockchain 2.0 technology and then the concept of NFT, which is the other main title are mentioned. In the study, the technical parts are explained first. Regarding the technical part of the study, first of all, NAKAMOTO, Satoshi: "Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System" is used. Then, in the literature review, the articles in the bibliography that are thought to be related to the subject of the study are used. In the study, information on technical notions is given and then combined with information on legal notions. As a result, this study aims to fill the gap that may arise regarding the law of evidence by using technical and legal concepts together.

In the method used in the study, research was conducted by examining the articles written in the field of informatics related to blockchain technology, as well as articles related to blockchain technology and the field of law. After providing sufficient information on the blockchain technology in terms of the subject limitation, the studies on NFT in the field of law are directed. However, since the NFT, also includes features related to the information system, studies in the field of informatics are mentioned where if need be. Then, the concept of electronic document is discussed, the concepts of electronic signature (especially digital signature) and secure electronic signature are explained. In this chapter, articles and monographs on electronic signature are used. When the whole study is taken into consideration, it is seen that if the explanations regarding the informatics section are sufficient, evaluations regarding the field of law can be made. For this reason, after using the studies in the field of informatics, the study is directed by combining them with the studies in the field of law. One of the important issues on the evaluation of the NFT as evidence is the nature of the electronic signature it includes. Accordingly, the evidence value of NFT is evaluated in the study.

More than one study has been carried out on blockchain technology. There are also private law assessments regarding the legal nature of the NFT. However, there is no study on how to evaluate the NFTs within the scope of the document that finds expression in the field of civil procedure law and whether they have the quality of a promissory note. With the increasing use of NFTs in interpersonal relations, it can be stated that there is a gap not only in the law of evidence examined in this study but also in their enforcement. A separate study can be conducted for these problems. In this study, a review of the evaluation of NFT as evidence is conducted. However, it can be stated that there are problems that do not come to mind regarding NFT which are likely to arise as it is discussed or applied.

I. GİRİŞ

Kişiler arasındaki ilişkiler artık dijitalleşmekte ve metaverse evrenine doğru ilerlemektedir. Bu ilişkilerin elektronik ortama taşınmasıyla birlikte yeni nesne veya öznelerin ortaya çıkması da kaçınılmazdır. Ortaya çıkan bu unsurlara ilişkin olarak doğabilecek uyumsuzlukların değerlendirilmesi gereklidir. Bu uyumsuzlukların yürürlükteki hukuk kurallarıyla hangi ölçüde giderilebileceği, bu kurallarla uyumsuzluğun çözümünün mümkün olmadığı anlaşıldığında, olması gereken hukuk açısından hangi düzenlemelerin yapılması gerektiğinin tartışılmasına ihtiyaç vardır. Zira, yürürlükteki hukuki düzenlemeler her zaman teknolojik gelişmelerdeki uyumsuzluklara uygulanamayabilir. Bu durum, teknoloji karşısında etkin hukuki korumanın etkisizleşmesine neden olur ki hukuk devletinde bunun kabulü mümkün değildir.

Fiziki ortamda uzun sürede gerçekleştirilebilen hukuki işlemler, dijitalleşmeyle birlikte elektronik/sanal ortamda kısa sürede yapılabilmekte, haksız fiiler de (örneğin marka ihlali) elektronik ortamda işlenebilmektedir. Bununla birlikte fiziki/dijital ortamdaki bazı varlıklar, başka formlara dönüştürülerek mülkiyet, zilyetlik, telif gibi haklara ilişkin hukuki durumlara konu olmaktadır. Örneğin, manzara fotoğrafının dijital ortama aktarılması ve bunun belirli bir platformda satılması mümkündür. Fiziki ortamda bulunan bu fotoğraf, NFT formatına dönüştürülerek satılabilir. Herhangi bir ortamdaki varlığın saniyeler içerisinde NFT'ye aktarılmasıyla satılması, kiralanması veya üzerinde başka hukuki işlemlerin yapılabilmesi imkân dâhilindedir. Ancak çalışmamızda NFT'lerin konu olduğu hukuki işlemlerin ispatına değil, NFT'nin ispat aracı olarak nasıl değerlendirilebileceğine ilişkin açıklamalar yapılacaktır.

Dijital veya fiziki ortamda bulunan varlıkların NFT formuna dönüştürülmesiyle birlikte hukuki açıdan nasıl değerlendirileceğine ilişkin kesin bir sonuca ulaşmamaktadır. Medenî hukuk açısından NFT'lere ilişkin değerlendirmeler yapılmasına rağmen medenî usûl hukukunda ispat açısından NFT'lerin

delil niteliğine ilişkin bir değerlendirmeye rastlanılmamıştır. Yapılan hukuki işlemlerde NFT'ye ilişkin uyuşmazlık ortaya çıktığı zaman NFT'nin ispat hukuku açısından nasıl nitelendirilmesi gerektiği sorusu karşımıza çıkacaktır. Dolayısıyla bu çalışmada öncelikle NFT'nin oluşturulmasını sağlayan blokzincir kavramı incelenecek ardından blokzincir teknolojisiyle kullanılabilen akıllı sözleşmeler ile NFT kavramı ve buna ilişkin bazı örneklerle değinilecektir.

Ayrıca bu çalışmada belge kavramına değinilerek elektronik belge ve elektronik imza hakkında kısaca bilgi verilmeye çalışılacaktır. Bunun yanı sıra senet kavramına ilişkin açıklamalar yapılarak NFT'nin ispat hukuku açısından belge kapsamında nasıl değerlendirileceği veya senet olup olmadığı üzerinde durulacaktır.

II. BLOKZİNCİR KAVRAMI (BLOCKCHAIN)

A. Genel Olarak

Son zamanlarda herkesin dikkatini çeken ve özellikle finansal alanda etkisi ve uygulaması bulunan blokzincir, hukuk alanında da değinilmesi gereken bir konudur. Ancak çalışmanın sınırlılığı ve NFT'lerin daha iyi anlaşılması açısından bu kısımda blokzincir kavramının bazı noktaları incelenecektir.

İnternet kullanımının yaygınlaşmasıyla birlikte bu ortamda yapılan işlemlerin güvenilirliğine ilişkin tereddütler de artmıştır. Çünkü sanal ortamda yapılan işlemlerin değiştirilmesi mümkündür. Bu nedenle internet aracılığıyla yapılan ticarete elektronik ödemelerin güvenliği için güvenilir üçüncü kişilere (güvenli elektronik ödeme sistemleri) ihtiyaç duyulmaktadır¹. Örneğin, kişiler arasındaki para aktarımı günümüzde banka veya aracı kurumlar tarafından yapılmaktadır. Bununla birlikte dünya çapındaki ödeme sistemlerinde farklı araçların olması para aktarım sürecini uzatmakta ve bu süreç yüksek maliyetler sonucunda gerçekleştirilmektedir². Elektronik ortamda işlem yapılmak istendiğinde, elektronik ortam ve veri güvenliği açısından, merkezi bir otoriteye veya güvenilir üçüncü kişiye ihtiyaç duyulmaktadır. Ancak bu kurumların işlem yapma maliyetinin fazla ve ödeme belirsizliği olması nedeniyle güvenilir bir taraf olmadan internet üzerinden ödeme yapılabilmesi için bir sisteme de gereksinim vardır. Bu nedenle elektronik/sanal ortamda gerçekleştirilen ödemelerin güvenliği için üçüncü bir kişiye ihtiyaç duyulmadan kriptografik kanıt dayalı ve iki tarafın doğrulama yapabildiği bir elektronik ödeme sisteminin varlığı gereklidir³. Bu sistem ise blokzincir teknolojisidir. Sanal ortamda zaman damgasıyla oluşturulabilen, dağıtık bir yapıda şifreli olarak kaydedilebilen ve değiştirilmesi mümkün olmayan bloklardan oluşan teknolojiye blokzincir denilmektedir⁴. Blokzincir, birden fazla bilgisayarda bulunan verileri kaydetme amacıyla merkezi olmayan, dağıtık ve ağa dâhil olan veya olmayan herkesin incelemesine açık olan dijital bir defterdir⁵. Başka bir ifadeyle bir blokzincir, küresel ölçekte işbirliği yapan yüzlerce bilgisayar tarafından güncel tutulan bir genel defterdir. Kripto para birimleri kullanılarak yapılan her işlem kaydedilir ve halka açık olarak takip edilir. Bu durum bir bankanın, müşterisinin banka hesabında yeterli para olup olmadığını değerlendirmesi için müşteri etkinliğinin kaydedilmesine benzetilebilir. Blokzincirde herhangi bir kayıt veya işlem değiştirilemez ve kaydedilen işlemler herkesin denetimine açıktır⁶. Bu sayede işlem yapıldıktan sonra bütün blokların değişmesi ve ağın anlaşılması durumları hariç kayıtların değiştirilmesi mümkün değildir⁷. Blokta kayıtlı olan verilerin değiştirilebilmesi için bütün blokların değiştirilmesi gerekir⁸. Sonuç olarak blokzincir birbirine bağlı, sonradan değiştirilemeyen ve şifreli blokların birleşmesiyle oluşan bir sistemdir.

Blokzincir teknolojisinde merkezi bir otorite bulunmamaktadır. Her bilgisayarın blok adı verilen veri kayıtları kümesi vardır. Blokzincirde veriler bloklara kaydedilir. Kaydedilen bu verilerde bir zaman damgası bulunur. Blok, P2P (*peer to peer*) ağı ve zaman damgası kullanılarak bağımsız bir şekilde yönetilir⁹. Daha açık bir ifadeyle yapılan işlemler (alım-satım, değiş-tokuş gibi) herhangi bir aracıya gerek olmaksızın uçtan uca (*peer to peer*) gerçekleştirilmektedir¹⁰. Ancak blokzincir teknolojisini kullanan kişilerin, gerçek kimliklerini kullanma zorunlulukları yoktur. Blokzincirde, dijital imza (sayısal imza) ve özel-genel anahtar kriptografisine dayanılarak kişilerin gerçek kimlikleri açıklanmadan bilgi depolaması veya işlemlerde bulunması sağlanır¹¹. Bu teknolojiye takma ad kullanımının, işlemi yapan kişilerin gerçek kimliğinin belirlenememesine neden olduğu ifade edilmelidir.

¹ NAKAMOTO, Satoshi: "Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System", <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> (Erişim: 16.02.2023), s.1.

² USTA, Ahmet/DOĞANTEKİN, Serkan: Blockchain 101 v2, BKM Yayınları, İstanbul 2018, s.55, 64.

³ NAKAMOTO, s.1.

⁴ VERMA, Atul Kumar/GARG, Arpit: "Blockchain: An Analysis On Next-Generation Internet", International Journal of Advanced Research in Computer Science, 8(8), 2017, s.429.

⁵ DEDEOĞLU, Daron: A'dan Z'ye Blockchain, 2.Baskı, KODLAB Yayıncılık, İstanbul 2021, s.30; NAM, Kichan/DUTT, Christopher S./CHATHOTH, Prakash/KHANA, M. Sajid: "Blockchain Technology For Smart City and Smart Tourism: Latest Trends and Challenges", Asia Pacific Journal of Tourism Research, 26(4), 2021, s.454.

⁶ ROY, Karun/ROY, Harisankar/PARVATHY R. Gowri: "The Invisible Strings of NFTs and IP", International Journal of Law Management & Humanities, 5(5), 2022, s.36; BAMBARA, Joseph J./ ALLEN, Paul R.: Blockchain A Practical Guide to Developing Business, Law, and Technology Solutions, McGraw-Hill Education, New York 2018, s.6.

⁷ DEDEOĞLU, s.30.

⁸ VERMA/GARG, s.429.

⁹ DEDEOĞLU, s.31; VERMA/GARG, s.429.

¹⁰ BİLGİLİ, Fatih/CENGİL, M. Fatih: Blockchain ve Kripto Para Hukuku, Dora Yayınları, Bursa 2022, s.49.

¹¹ DE FILIPPI, Primavera/WRIGHT, Aaron: Blockchain and the Law: The Rule of Code, Harvard University Press, Cambridge 2018, s.38.

Blokcincir teknolojisine dâhil olan bilgisayarlar veri içeren bir blok için hash (öz) oluşturur. Bu bloktaki hash önceki bloğun kriptografik hash fonksiyonunu içermektedir¹². Her blok kendinden önce gelen bloğun benzersiz dijital imzasını taşımaktadır¹³. Dolayısıyla bir blok, kendisinden önce ve sonra gelen bloğa bağlı kontrol edilmiş bir bilgi demetidir. Bir bloğun içeriğinde değişiklik yapılmak istendiğinde kriptografik sağlama toplamında bir değişikliğe yol açılacağından bu sağlama toplamının sonraki blokta belgelenecek sağlama toplamından sapması bloğun değiştirildiğini gösterir¹⁴. Bununla birlikte blokcincirin merkezi olmayan yapısı sahteliğe karşı koruma sağlar. Blokcincirde yapılan işlemler birden fazla farklı bilgisayarda saklandığından sahte blokcincir hemen anlaşılır ve herhangi bir işleme izin verilmez¹⁵. Güvenlik için esas olan başlangıçta birbiriyle kriptografik olarak eşleşen bir genel anahtar ve bir özel anahtar içeren ekipmanın olmasıdır. Özel anahtar¹⁶, bir işlemi dijital olarak imzalamak için kullanılır ve bu işlem, genel anahtar kullanılarak blokcincir ağının diğer kullanıcıları tarafından kontrol edilebilir. Bu, yapılan işlemin yalnızca meşru ortaklar arasında gerçekleşmesini sağlar¹⁷. Görüldüğü üzere blokcincir teknolojisinde kayıtlı olan verilerin herkes tarafından görülebilmesi, şeffaflığı ve güvenliği sağlamaktadır¹⁸. Bunun yanı sıra, verilerin dağıtık defter teknolojisiyle (*Distributed Ledger Technology* (DLT)) tek bir merkezde saklanmaması, sistemin merkezi bir otoriteye ihtiyaç duyulmadan güvenli olmasını garanti etmektedir¹⁹.

Dağıtık defter teknolojisi şifreli bir veri tabanıdır. Bu sistemde dağıtık olma ve uzlaşma unsurları bulunmaktadır. Dağıtık olma, sistemde bulunan her kişide bu veri tabanının son halinin bulunmasıdır. Uzlaşma ise bir işin yapılabilmesi için veriler hakkında her bir kullanıcının ortak veya çoğunluğun isteği doğrultusunda bir karar sonucuna ulaşılması ve veri tabanına işlenmiş olmasıdır. Sonuç olarak, yapılan işlemler belirli bir uzlaşma algoritması sonucunda dağıtık veri tabanlarına eklenmektedir²⁰.

Neticede blokcincir teknolojisi, verilerin bloklara kaydedilmesi ve bu blokların ağda bulunan bilgisayarlar tarafından onaylanmasıyla oluşturulur ve bir bloğun hash uzantısı diğer bloğun oluşturulmasını sağlamaktadır. Başka bir ifadeyle ilk bloktaki veri kaydı tamamlandıktan sonra ikinci bloğa geçiş için ilk bloktaki hash, ikinci bloğa girilir ve bu şekilde bir zincir ortaya çıkar. Ayrıca sistemdeki kayıtların dağıtık defterle tutulması (tek merkezde toplanmaması), şifreli olsa da kayıtların ağa dâhil olan bilgisayarlar tarafından görülebilmesi (şeffaflık) ve bloktaki kayıtların değiştirilememesi, sistemdeki verilerin manipüle edilmediğini gösterir niteliktedir.

Blokcincir teknolojisi kripto para birimlerinde kullanılmaktadır. Bitcoin blokcinciri ile Ethereum blokcinciri birbirinden farklıdır. Bitcoin, 1.0 blokcincir teknolojisiyken Ethereum 2.0 blokcincir teknolojisinde yer almaktadır²¹. Ayrıca Ethereum blokcincirinde, akıllı sözleşmelerin kurulması ve bu sözleşmeler aracılığıyla token oluşturulması mümkündür²². Ethereum, Bitcoin'in gösterdiği yoldan ilerlemesine rağmen Bitcoin'den farklı olarak merkezi olmayan yapılar ve merkezi olmayan uygulamalar geliştirilmesini sağlayan bir blokcincir yapısıdır²³. Blokcincir 2.0 teknolojisi, programlanabilir akıllı sözleşmelerin kurulabileceği ve bu programın kendi kendine çalıştırılabileceği bir platformdur²⁴.

B. Akıllı Sözleşmeler (Smart Contracts)

Akıllı sözleşmeler herhangi bir aracı olmaksızın hizmet alışverişine izin veren bir sistemdir. Hizmet sağlayıcı ile hizmet kullanıcısı arasındaki sözleşme, blokcincirde bulunan kodlarla temsil edilir. Sözleşme, kod aracılığıyla yürütülür²⁵. Akıllı sözleşme, blokcinciri kullanan taraflar arasındaki bir anlaşma niteliğinde

¹² DEDEOĞLU, s.31; BAMBARA/ALLEN, s.6.

¹³ USTA/DOĞANTEKİN, s.27.

¹⁴ MÖLLENKAMP, Stefan: "Blockchain, Kryptowährungen und Token", Handbuch Multimedia-Recht, 58. EL, C.H.BECK 2022, Rn. 7.

¹⁵ SCHREY, Joachim/THALHOFER, Thomas: "Rechtliche Aspekte der Blockchain", Neue Juristische Wochenschrift, (20), 2017, s.1432.

¹⁶ Özel (gizli) anahtar, sahip olan kişinin dijital varlıklara erişebilmesini sağlayan bir paroladır. Özel anahtarın unutulması veya kaybedilmesi durumunda geri getirilmesi mümkün değildir. Genel (açık) anahtar ise blokcincir ağı üzerinde uzun ve rastgele sayılardan oluşan bir adrestir (Bkz. DEDEOĞLU, s.34). Bu konu hakkında ayrıca bkz. BİLGİLİ/CENGİL, s.6.

¹⁷ SCHREY/THALHOFER, s.1432.

¹⁸ VERMA/GARG, s.430; SCHREY/THALHOFER, s.1432; TANRIVERDİ, Mustafa/UYSAL, Mevlüt/ÜSTÜNDAĞ, Mutlu Tahsin: "Blokcinciri Teknolojisi Nedir? Ne Değildir?: Alanyazı İncelemesi", Bilişim Teknolojileri Dergisi, 12(3), 2019, s.212; DE FILIPPI/WRIGHT, s.37.

¹⁹ BİLGİLİ/CENGİL, s.49. Benzer yönde bkz. USTA/DOĞANTEKİN, s.29.

²⁰ ÖZCAN, Doğa: Blokcincir Mimarisi ve Merkezi Olmayan Uygulamalar, Pusula Yayıncılık, İstanbul 2021, s.2.

²¹ BRILLIANTOVA, Vlada/THURNER, Thomas Wolfgang: "Blockchain and The Future of Energy", Technology in Society, 57, 2019, s.38; ÖZCAN, s.39.

²² BİLGİLİ/CENGİL, s.50.

²³ DEDEOĞLU, s.56; USTA/DOĞANTEKİN, s.68.

²⁴ BRILLIANTOVA/THURNER, s.38.

²⁵ VERMA/GARG, s.431. Akıllı sözleşme ifadesinin yanıltıcı olduğu ve bu sözleşmenin kendiliğinden hukuki anlamda sözleşme özelliği göstermediği, sözleşme denilmesinin bilgisayar programının hukuki yükümlülükleri yerine getirmesi ve merkezi olmayan yapıda malvarlığı değerlerinin kontrolünden kaynaklandığına ilişkin bkz. BİLGİLİ/CENGİL, s.239. Akıllı sözleşmenin yasal anlamda sözleşme olmadığına ilişkin ayrıca bkz. HEINE, Robert/STANG, Felix: "Weiterverkauf digitaler Werke mittels Non-Fungible-Token aus urheberrechtlicher Sicht", MMR-Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung, 10, 2021, s.756.

olup hukuki yaptırım (örneğin yargı yolu) ihtiyacını sınırlar veya ortadan kaldırır²⁶. Bir iş sözleşmesi veya sigorta poliçesinin yerine geçecek şekilde akıllı sözleşmelerin kodlanması mümkündür²⁷. Örneğin, bir sigorta akıllı sözleşmesi, hava durumundan gerekli veri alınması²⁸ ve yağmur yağışının belirli bir seviyenin altına inmesi halinde, taraf olan üreticiye gerekli sigorta ödemesinin gerçekleşmesini sağlayabilir²⁹. Bununla birlikte yukarıda verilen örneğe göre yağmur yağması durumunda sigorta ödemesi yapılırken kar yağması durumu kodlanmadığından akıllı sözleşme ödeme yapamayacaktır.

Öngörülemeyen durumlarda akıllı sözleşme yorum yaparak sözleşmedeki boşluğu doldurabilir mi? Bu soruyu bir örnek vererek açıklayacak olursak; bir akıllı sözleşme kodlandıktan, doğrulandıktan ve blokzincirde saklandıktan sonra beklenmedik bir durumun yaşanması (Covid-19 gibi) ve bir parçanın üretim maliyetinde artış olması halinde akıllı sözleşmenin yeni durumu uyarlayabilmesi mümkün değildir. Geleneksel sözleşmelerde ise beklenmedik durumlara karşı mahkemenin sözleşmeyi yeni duruma uyarlaması mümkündür. Sonuç olarak mahkemenin sözleşmedeki boşlukları doldurması durumu, akıllı sözleşmelerde mümkün değildir³⁰.

Akıllı sözleşmeler, sözleşmenin kapsamı hakkında taraflar anlaştıktan sonra kriptografik olarak blokzincir ağına yüklenmektedir. Yüklenen bu sözleşmeler blokzincirdeki diğer öğelerle etkileşim kurarak bir işlemin başlatılması, gönderilmesi veya teslim alınması gibi durumları ortaya çıkarabilir. Sözleşme hazırlanırken kararlaştırılan şartlar gerçekleştiği zaman akıllı sözleşme otomatik olarak sözleşmede kabul edilen sonuçların gerçekleşmesini sağlar³¹. Sonuç olarak akıllı sözleşmelerde, sözleşmedeki şartlar gerçekleştiği zaman bilgisayar aracılığıyla sonuçları kendiliğinden gerçekleştiren güvenilir bir sistem bulunmaktadır.

Akıllı sözleşmeler, NFT'lerin satın alınması ve satılması için hukuki işlemler yapılmasına aracılık eder. Akıllı sözleşme olarak bilinen bu dijital sözleşmeler kodlanarak bir blokzincirde saklanır. NFT alımı yapıldığında sözleşmedeki maddeler otomatik olarak gerçekleşir. NFT alıcısına devredilen haklara ilişkin bağlantı bu akıllı sözleşmelere bağlıdır. Bunlar, NFT'nin sahibi hakkındaki bilgiyi, NFT'nin kullanımına ilişkin sınırlamaları, IP sahipliğini, NFT'nin kullanıldığı/yeniden satıldığı sırada telif hakkının ne zaman kullanılacağı/yönetileceği vb. bilgiyi içerebilir³².

III. NFT KAVRAMI

Blokzincir teknolojisinde kripto varlıklar önemli bir role sahiptir. Bu kripto varlıklardan olan coin, kendine ait düğüm (node) yapısı, uzlaşma yapısı ve kendine ait blokzincir yapısı olan kripto paradır³³. Token ise kendine ait bir blokzincir platformu olmayan başka bir platform üzerinden geliştirilen ve bu platformun teknik alt yapısını kullanan bir kripto birimdir³⁴. Daha açık bir ifadeyle token, Ethereum ağı üzerinden yan ağ olarak çalışan ve akıllı sözleşmelerle oluşturulan bir kripto varlıktır³⁵.

NFT'ler, tokenların bir türünü oluşturmaktadır. Bu tokenların açılımının Türkçe karşılığı misli olmayan/takas edilemeyen tokenlardır³⁶. Misli olma, bir şeyin eş değer başka bir şeyle değiştirilebilmesidir. Örneğin, para birimleri birbiri yerine ikame edilebilir. Bununla birlikte Bitcoin gibi kripto paralar da birbiri yerine ikame edilebildiğinden bunlar da benzersiz değildir. Ancak NFT'ler benzersiz olduğundan diğer dijital varlıklardan farklı olarak birbiri yerine ikame edilemez³⁷. Daha açık bir ifadeyle NFT'lerin birbiri yerine ikame edilememesi onların içerisinde bulundurduğu değerden kaynaklanmaktadır. NFT'ler, önemli bilgileri içeren meta veri sayesinde özel bir kripto varlık olmaktadır³⁸. Örneğin, bir manzara fotoğrafının NFT'si ile ünlü bir ressamın yaptığı manzara resminin NFT'si birbirine eş değer değildir. Kısaca NFT, çift anahtarlı kriptografi tekniğine dayanan dijital imza ile değiştirilmezliği blokzincir sayesinde temin edilen benzersiz bir dijital varlık olarak açıklanabilir.

²⁶ VATIERO, Massimiliano: "Smart Contracts vs Incomplete Contracts: A Transaction Cost Economics Viewpoint", *Computer Law & Security Review*, 46, 2022, s.2.

²⁷ DEDEOĞLU, s.61.

²⁸ Akıllı sözleşmeler kural olarak sadece blokzincirdeki verileri kullanabilir. Ancak akıllı noktalar (smart oracles) aracılığıyla akıllı sözleşmelerin bulunduğu blokzincire dışarıdan bilgi girişi sağlanır (BİLGİLİ/CENGİL, s.239).

²⁹ USTA/DOĞANTEKİN, s.131. Akıllı sözleşmelerdeki şartların gerçekleşmesi halinde sistemin kendiliğinden ödeme yapabildiğine ve program kodunun borçlar hukukuyla eşleştiğine ilişkin bkz. ESCHENBRUCH, Klaus/GERSTBERGER, Robert: "Smart Contracts", *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht*, 1, 2018, s.3.

³⁰ VATIERO, s.5. Diğer hukuki zorluklar için bkz. TEVETOĞLU, Mete: "Ethereum ve Akıllı Sözleşmeler", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(1), 2021, s.204.

³¹ USTA/DOĞANTEKİN, s.131. Akıllı sözleşmelerde tarafların, öneri ve kabul beyanları blokzincir teknolojisinde birbirine uygun olarak bir araya getirildiğinde sözleşmenin kurulduğu kabul edilir. Ayrıca akıllı sözleşmeler içerdiği hükümlere göre eser, kira, satım vb. sözleşmeler şeklinde nitelendirilebilir (BİLGİLİ/CENGİL, s.243). *Teveoğlu*, sözleşmeler için aranan asgari unsur içeren Ethereum kodlarını sözleşme olarak kabul etmektedir (TEVETOĞLU, s.204).

³² ROY/ROY/PARVATHY, s.37.

³³ DEDEOĞLU, s.108; ÖZCAN, s.85.

³⁴ ÖZCAN, s.85.

³⁵ DEDEOĞLU, s.109.

³⁶ TDK tarafından NFT'nin "Nitelikli Fikri Tapu" şeklinde tanımlaması yapılmaktadır (<https://cbddo.gov.tr/haberler/6354/nft-nin-turkce-karsiligi-belli-oldu>, (Erişim: 26.02.2023)).

³⁷ ROY/ROY/PARVATHY, s.35; TEVETOĞLU, Mete: "NFT'nin Gündeme Taşdığı Hukuki Sorunlar", *İstanbul Barosu Yapay Zekâ Çağında Hukuk*, (17), 2022 (NFT), s.7; BİLGİLİ/CENGİL, s.287.

³⁸ BİLGİLİ/CENGİL, s.287,288.

NFT'lerin özelliklerine değinilecek olursa; NFT'ler takas edilemez. Bunlar blokzincir teknolojisinde bulunmakla birlikte kopyalanması veya değiştirilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte NFT'lerin blokzincirde bulunması, kullanıcı sahipliğinin (anahtarların sahipliği) diğer düğümler tarafından herkese açık olarak doğrulanmasını mümkün kılar. NFT'lerin telif hakkı otomatik olarak akıllı sözleşmelerle sağlanabilir. Satılan NFT'nin yeniden satılması durumunda önceden belirlenen kısım otomatik olarak NFT'yi oluşturan kişiye telif hakkı olarak ödenir. NFT'ler, varlığı alan kişiye orijinalite hakkı sağlar. Başka bir ifadeyle NFT, kişiye dijital ortamda mülkiyet hakkı sağlayabilir. Belirli platformlarda sahip olunan NFT'lerin mülkiyeti kullanıcılar arasında el değiştirebilir³⁹. Yapılan bütün işlemler blokzincir kullanılarak yapıldığından kullanıcılar tarafından doğrulanabilir ve ağdaki her düğüm tarafından izlenir. Satın alınan NFT'ler hakkındaki bilgiler, meta verileri, belirteç kimliği (token ID) ve işlem geçmişi ile birlikte dağıtılmış bir deftere kaydedildiğinden bunlar değiştirilemez⁴⁰.

NFT'ye sahip olan kişi bunu sattığında bütün haklardan feragat etmeyebilir. NFT'nin satımına ilişkin olarak hazırlanan akıllı sözleşmelerde hangi hakların devredileceğine, hangi hakların korunacağına ilişkin konular belirlenebilir⁴¹. Eser niteliğinde olan NFT'nin telif hakkına ilişkin bir devir şartı yoksa NFT'yi satın alan kişi sadece NFT meta verileri üzerinde mülkiyet hakkına sahip olacaktır. Eserin telif hakkı ise ilk NFT'yi oluşturan kişidedir⁴². Örneğin, bir tweetin NFT haline getirilerek satılmasında aslında satılan şeyin tweet olduğuna ilişkin haberler çıksa da satılan şey gerçek tweet değil, tweetin NFT'sidir⁴³.

Sonuç olarak, dijital ve fiziki/gerçek varlıklar kodlanarak NFT'ye dönüştürülebilir. Blokzincirde NFT, kişilerin sahipliğini ispatlamaya yönelik dijital bir sertifikadır⁴⁴. Ancak bu sahiplik NFT'nin oluşturulduğu varlığın mülkiyetini ispatlamaya ilişkin değildir. NFT, fiziki veya elektronik ortamda bulunan varlıkların kodlanarak dijital ortamda temsilini sağlar. NFT, blokzincir ağında bulunan, akıllı sözleşmeler aracılığıyla bir belirteci temsil eden ve değiştirilemeyen bir dijital varlık olup kripto para değildir.

IV. Belge Kavramı

A. Genel Olarak

Belge, sözlük anlamı itibarıyla “Bir gerçeğe tanıklık eden yazı, fotoğraf, resim, film vb., vesika, doküman” olarak tanımlanmıştır⁴⁵. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (m.199) ise,

“Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu Kanuna göre belgedir.”

tanımına yer verilmiştir. Belgenin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu açısından tanımı yapılmış olmakla birlikte bu tanım sınırlayıcı değil, örnekseyicidir. Söz konusu hükümde, örnekler gösterilerek belgenin özellikleri belirtilmiş ve genel çerçevesi çizilmiştir. Belgenin tanımı yapılmakla birlikte söz konusu hükümde veya diğer hükümlerde senede ilişkin bir tanıma yer verilmemiştir. Bunun nedeni, senet kavramının eskiden beri hukukumuzda yer alması ve buna ilişkin herhangi bir tereddüt bulunmamasıdır. Ayrıca kesin delil olarak kabul edilen senet hakkında bir tanım yapıldığı takdirde bazı sınırlamaların da olabileceği dikkate alınarak gelecekte yaşanacak gelişmelerin önü kapatılmak istenmemiştir⁴⁶.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 199. maddesinde yer alan belge tanımında iki unsur ön plana çıkmaktadır. Bu unsurlar, uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli olma ve bu kapsamda bilgi taşımadır⁴⁷. Sonuç olarak uyuşmazlığı ispata elverişli bilgi taşıyıcısının, belge sayılabilmesi için sadece yazılı veya basılı bir metin şeklinde olması gerekmektedir. Uyuşmazlık konusunu ispatlamaya yarayan ve bilgi taşıyıcı özelliği olan her şey belge niteliğindedir. Bu unsurların yer alacağı maddesel veya elektronik form gibi konularda Kanun, örnekseyici bir düzenleme tercih etmiştir. Buna göre, bilginin sabitlendiği ve yargılama sırasında da (kural olarak) bilginin ilk oluşturulduğu haliyle erişilebildiği her maddesel veya elektronik form vb. “belge” kapsamındadır. Önemli olan, yargılama sırasında da erişilebilecek bu bilginin, uyuşmazlık konusu vakıaya ispata elverişli olmasıdır. Bu anlamda belge, ispat hukukunda önemli bir yere sahiptir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamında belge olarak kabul edilen örnekler (maddesel veya elektronik form vb.), yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcılarıdır. Kanun koyucu özellikle

³⁹ ROY/ROY/PARVATHY, s.35.

⁴⁰ ROY/ROY/PARVATHY, s.36.

⁴¹ ROY/ROY/PARVATHY, s.37; HOLBEIN, Justin: “Evolving Legal Issues for NFTs”, 2022, <https://www.jdsupra.com/legalnews/evolving-legal-issues-for-nfts-5461995/>, (Erişim: 09.03.2023).

⁴² Aynı yönde bkz. TEVETOĞLU, NFT, s.9.

⁴³ GUADAMUZ, Andres: “The Treachery of Images: Non-Fungible Tokens and Copyright”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 16(12), 2021, s.6.

⁴⁴ Aynı yönde bkz. BİLGİLİ/CENGİL, s.288; TEVETOĞLU, NFT, s.8.

⁴⁵ <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim: 11.03.2023).

⁴⁶ TBMM Gerekçe, (S.Sayı: 393) Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), m.203.

⁴⁷ PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s.380; PEKCANITEZ, Hakan/ÖZEKES, Muhammet/AKKAN, Mine/TAŞ KORKMAZ, Hülya: *Medenî Usûl Hukuku*, C. II, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s.1771; ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel: *Medeni Usûl Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s.446; TANRIVER, Süha: *Medenî Usûl Hukuku*, Cilt:1, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s.913.

elektronik ortamda oluşturulan bilgileri de düşünerek bilginin taşındığı yer konusunda bir sınırlamaya gitmemiş, gelecekte ortaya çıkabilecek her türlü bilgi taşıyıcıyı belge kapsamında değerlendirmiştir.

Belgenin, bir vakıanın ispatı bakımından caiz delil olması ve hâkimde kanaat oluşturabilmesi için, somut vakıanın hangi delille ispat edileceğinin belirlenmesi (HMK m.189/4) yanında, o bilgi taşıyıcısında yer alan bilginin “gerçek” olması (bilginin sonradan değiştirilmemiş/tahrifata uğramamış olması) ve hukuka aykırı yoldan elde edilmemiş olması (HMK m.189/2) da gereklidir.

Belge, 199. maddede üst kavram olarak kullanılmaktayken senet, ispat hukuku anlamında bazı unsurları taşıması sebebiyle alt ve özel bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Belge ve senet kavramı hukukumuzda ilk defa 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’yla ayrı bir şekilde düzenlenmiştir. Senede ilişkin olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda daha ayrıntılı düzenlemeler yapılmış olması ve senetle (kesin delille) ispat zorunluluğu kuralı sebebiyle daha özel bir anlamı olan senet kavramı, aşağıda ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

B. Elektronik Belge

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 199. maddesindeki belge tanımında yer alan önemli iki unsur (uyuşmazlık konusu vakıları ispata elverişli olma ve bu kapsamda bilgi taşıma) elektronik ortamda bulunması durumunda elektronik belge karşımıza çıkar ve bu belge delil olarak değerlendirilebilir.

Elektronik ortamdaki verilerin, özellikle gerçeklik (elektronik belgenin oluşturulduktan sonra değiştirilip değiştirilmediği/manipüle edilip edilmediği) unsuru bakımından, fiziki/kâğıda dayalı belgelere nazaran daha dikkatli değerlendirilmesi gerekir. Elektronik ortamda farkedilmeksizin veya iz bırakılmadan elektronik belgenin değiştirilme ihtimali gözardı edilmemelidir. Bu anlamda, elektronik belgenin uyuşmazlık konusu vakıayı (içerdiği bilgiyi) herhangi bir değişikliğe uğramadan yargılamaya getirilmesini temin eden bir güvenceye sahip olması, güvenilir bir sistemde/elektronik ortamda muhafaza edilmesi önem arz etmektedir. Bunu sağlayacak teknoloji ise günümüzde yaygın olarak kullanılan çift anahtarlı kriptografi tekniğidir. Dijital (sayısal) imzanın alt yapısını da oluşturan açık anahtar alt yapısına dayanan çift anahtarlı kriptografi tekniğiyle oluşturulmuş elektronik belgelerde, belgede yapılan sonraki değişiklikler farkedilir⁴⁸. Başka bir deyişle elektronik belgede farkedilmeksizin sonradan değişiklik yapılması mümkün değildir. Böylece elektronik ortamdaki belgenin (taşıdığı bilginin) ilk oluşturulduğu orijinal haline ulaşılması ve uyuşmazlık konusu vakıa hakkında “gerçek” bilgi edinilmesi mümkün hale gelir.

Çift anahtarlı kriptografi tekniği ile oluşturulan belgeler, sonraki değişikliklere karşı korunur ve bu anlamda güvenli kabul edilerek veri bütünlüğü sağlanmış olur. Çift anahtarlı kriptografi tekniğinde hash (öz/özet) değer, belgenin doğrulanması bakımından önemli bir fonksiyon üstlenmektedir. Basitçe dijital olarak imzalanmak ve belgenin sonraki değişikliklere karşı korunması için elektronik belgenin hash değeri sistem tarafından çıkarılır ve kapalı (gizli) anahtar bu hash değerini şifreler. Bu metnin doğrulanması, sonradan değişikliğe uğrayıp uğramadığının belirlenmesi için herkesin ulaşabildiği açık anahtar ile deşifre edilerek doğrulanmak istenen elektronik belgenin hash değerine ulaşılır. Elektronik belgeden çıkarılan hash değeri ile deşifre edilen hash değeri karşılaştırıldığında aynı ise bu elektronik belgenin değiştirilmediği belirlenmiş olur. Zira, her belgenin hash değeri birbirinden farklıdır. En ufak bir değişiklik farkedilir ve belge doğrulanmaz⁴⁹. Belgenin içeriğinde metin, resim, ses vb. bulunabilir. Bunların elektronik ortamda düzenlenmesiyle değiştirilmesi de kolaylaşmaktadır. Ancak metin, resim veya ses gibi unsurları içeren belgenin değiştirilmediğine ilişkin en önemli unsur, yukarıda açıklandığı üzere hash algoritmasındaki giriş ve çıkış değerlerinin birbiriyle uyumasıdır.

Çift anahtarlı kriptografi tekniği, aynı zamanda gizli anahtar sahibinin bu belgeyi oluşturduğunu da tespit eder. Güvenilir bir üçüncü kişi tarafından gizli anahtar sahibinin gerçek kimliği ile bu gizli anahtar arasında bağlantı kurulmuşsa (kimlik tespiti yapılmışsa) kişinin kimliği de doğrulanır. Nitekim hukukumuzda, elektronik sertifika hizmet sağlayıcıları, güvenli elektronik imza için bu işlevi görmektedir⁵⁰. Ancak gizli anahtar, güvenilir bir üçüncü kişi tarafından kimlik tespiti yapılarak bir kişiye özgülenmemişse kimlik doğrulamasının yapılması mümkün değildir. Bu anlamda gizli anahtara ve giriş şifresine ulaşan herkes o belgeyi oluşturabilir.

El yazısıyla atılmış imzanın taratılarak elektronik ortama resim şeklinde aktarılması, kişilerin biyometri özelliklerine dayanılarak oluşturulan biyometrik yöntemler, bilgisayar ekranına imza atılabilmesi amacıyla kullanılan imza tekniği veya çift anahtarlı kriptografiyle oluşturulan dijital (sayısal) imza gibi teknikler üst kavram olarak elektronik imzanın içerisinde yer almaktadır⁵¹. Elektronik İmza Kanunu (EİK) ve bu Kanun ile medenî usûl hukukunda (önce HUMK ve daha sonra bu değişiklik HMK’da da kabul edilmiştir) yapılan düzenleme sonucunda, usûlüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş veriler (elektronik belgeler) “senet hükmünde”⁵² kabul edilmiştir (HMK m.205/2).

⁴⁸ Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. ERTURGUT, Mine: Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s.67 vd.

⁴⁹ ERTURGUT, s.76, 150. Hash algoritmasına ilişkin olarak daha detaylı bilgi için bkz. DEĞİRMENCİ, Olgun: “The Concept of Hash Value and The Collision of Hash Value As The Way to Provide Unassailability of Digital Evidence”, Adalet Dergisi, (69), 2022, s.54 vd.

⁵⁰ Sertifika, imzalayan kişiye ilişkin bilgileri içerirken dijital imza, belgede değişikliğin yapıp yapılmadığının tespitine yöneliktir (ERTURGUT, s.85).

⁵¹ ERTURGUT, s.54, 341.

⁵² Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda, “senet hükmünde” ifadesi bilinçli olarak tercih edilmiş olup senedin cisim ve yazılı olma unsuru ile yazılılığın amaçlarının elektronik belgelerde sağlanıp sağlanmadığı tartışmalarının ötesine

Doktrindeki bir görüşe göre, adi yazılı şekil şartının blokzincir teknolojisiyle sağlanabileceği ve sistemdeki dijital imzanın olması gereken hukuk açısından elektronik imza olarak değerlendirilebileceği ifade edilmektedir⁵³. Ayrıca elektronik imzanın blokzincir teknolojisine dâhil edilmesiyle yürürlükteki hukuka göre blokzincirdeki imza eksikliğinin de giderilmiş olacağı ve resmi şekle bağlı işlemlerin bu teknoloji üzerinden yapılabilmesinin mümkün hale geleceği savunulmaktadır⁵⁴. Medenî usûl hukuku açısından kanaatimizce, blokzincir teknolojisine güvenli elektronik imzanın dâhil edilmesi durumunda (HMK m.205/2) hukuki işlemlerin senetle ispat zorunluluğu kapsamında ispatı mümkün hale gelir. Borçlar hukukunda kural olarak sözleşmelerde şekil serbestisi ilkesi kabul edilmişken (TBK m.12) medenî usûl hukuku açısından kural, hukuki işlemlerin senetle ispatının zorunlu (HMK m.200-201) olmasıdır. Bu sebeple sözleşmelerin şekli ile bu işlemlerin ispatı açısından yapılacak değerlendirme farklılaşacaktır. Basit dijital imza, şayet kanunda aksi öngörülmemişse sözleşmenin geçerliliği için yeterli sayılabilir ama basit dijital imzalı belge, senet hükmünde olmadığından kural olarak hukuki işlemin ispatında caiz delil olarak kabul edilmeyecektir. Aynı şekilde, basit dijital imzanın adi yazılı şekle tâbi bir sözleşmedeki şekil koşulunu yerine getirebilmesi, Borçlar Kanunu'nun 14. ve 15. maddeleri çerçevesinde değerlendirilir. Resmi şekil açısından ise resmi memurun katılımı şart olduğundan sadece elektronik imza ile taraflar arasında resmi şekle bağlı bir sözleşmenin kurulması mevcut düzenlemeler çerçevesinde mümkün değildir. Bu bilgiler ışığında, yürürlükteki düzenlemelere göre elektronik imza ve buna ilişkin olarak NFT'lerin ispat hukuku açısından elektronik belge özelliğini haiz veya senet hükmünde olup olamayacağının değerlendirilmesi aşağıda (V. numaralı başlık altında) yapılmıştır.

C. Senet

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda senedin tanımına yer verilmediğine yukarıda değinilmişti. Senet, doktrinde uyumsuzluk konusu hakkında tam ve kesin bilgi/irade beyanı içeren bir cisim üzerindeki yazıyla birlikte aleyhine kullanılacak kişinin imzasının bulunduğu belge şeklinde tanımlanmaktadır⁵⁵. Buna göre senedin dış dünyada varlık kazanması, yazılı olması unsurlarıyla birlikte bir vakıa hakkında açıklamayı/irade beyanını ve aleyhine kullanılacak kişinin imzasını da taşıması gerekir⁵⁶.

Bir belgenin senet sayılabilmesi için dış dünyada varlık kazanması önemlidir. Ancak bu unsurun her zaman bir kağıt şeklinde sağlanması gerektiği düşünülmemelidir. Uyuşmazlık konusu vakıa hakkında irade beyanı içeren bilgilerin bir tahtaya/duvara yazılması halinde de senet oluşturulması mümkündür. Ancak bu belgenin senet niteliğinde olabilmesi için diğer zorunlu unsur olan imzanın da bu metinde yer alması gerekir⁵⁷. İmza, el yazısıyla olabileceği gibi güvenli elektronik imza (Bkz. EİK m.5, HMK m.205/2) da kullanılabilir.

Delil kuvvetine ilişkin olarak belgenin türüne göre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun diğer maddelerinde belirleme yapılacağı hükmün gerekçesinde belirtilmişse⁵⁸ de belgenin türüne göre delil kuvvetine ilişkin düzenlemelere 199. maddeden sonra Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer verilmediği belirtilmiş, senet dışında sayılan belgelerin takdiri delil olduğu kanaatine varılmıştır⁵⁹. Ancak kanımızca, 199. maddedeki belge kapsamında değerlendirilen her bilgi taşıyıcısının, kesin delil-takdiri delil ayrımı

geçilerek elektronik belgenin “güvenli elektronik imza” ile oluşturulmuş olması koşuluyla bu unsuru karşılayacağı ve senedin hüküm ve sonuçlarını doğuracağı kabul edilmiştir. Elektronik belgenin değiştirilmediğinin tespiti, içeriğinin her zaman algılanabilirliği ve sürekliliği sayesinde bu belgelerin cismani özelliğinin olduğuna ilişkin bkz. ERTURGUT, s.202; senedin yazılılık unsurunun, elektronik belgenin değiştirilmediğinin ve her zaman içeriğinin algılanabilirliğinin (bilgi alınabilmesinin) sağlanması şartıyla karşılandığına ilişkin olarak bkz. ERTURGUT s.204. Özellikle cisim unsuru açısından, senedin her zaman okunabilir olması ile buna karşılık elektronik belgenin önce okunabilir hale getirilmesi zorunluluğu (bir araç yardımıyla), senet ile elektronik belge arasında bir farklılık olarak görülmektedir. Bu konuda bkz. BIZER, Johann/HAMMER, Volker: “Elektronisch signierte Dokumente als Beweismittel”, Datenschutz und Datensicherheit, 11, 1993, s.622.

⁵³ BİLGİLİ/CENGİL, s.243. Avrupa Birliği'nde elektronik imzaların ispat aracı olarak kullanılmasında ayrımcılık yasağı bulunduğu, bu yasağa göre elektronik imzanın nitelikli sertifikaya dayanmaması sebebiyle hukuki etki doğurması veya yargılamada kabul edilebilir delil olarak kullanılmasının engellenmemesi gerektiği düzenlenmiştir (Elektronik imzalar için topluluk çerçevesi hakkında 13.12.1999 tarihli 1999/93/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi, m.5. Bu konuda bkz. ERTURGUT, s.139-140; GUADAMUZ, s.8).

⁵⁴ BİLGİLİ/CENGİL, s.243. Güvenli elektronik imzanın başka kişiler tarafından kullanılması gibi olumsuzluklara karşı bu işlemlerde noter katılımının vazgeçilemez olduğu hakkındaki görüş için bkz. ÖZBEK, Mustafa Serdar: “Elektronik Ortamda Düzenlenen Noter Senetleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22(3), 2016, s.2244.

⁵⁵ ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin: Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s.502; ARSLAN /YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.448; TANRIVER, s.914.

⁵⁶ Özetle senedin unsurları şöyle sıralanabilir: Yazılılık, imza, cisim şeklinde bulunma, senedin bir irade beyanı içermesi ve orijinal olması. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. ERDÖNMEZ, Güray: Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s.1773; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.502; TANRIVER, s.915-917; ERTURGUT, s.189 vd.

⁵⁷ KURU, Baki/AYDIN, Burak: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s.262; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.382; ERDÖNMEZ, s.1773; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.447; TANRIVER, s.916.

⁵⁸ TBMM Gerekçe, (S. Sayısı: 393) Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), m.203.

⁵⁹ KURU/AYDIN, s.261-262.

bakımından somut duruma ve özelliklerine göre delil niteliğinin ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Örneğin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 204/2. fıkrasında, noterler hariç, diğer yetkili memurların görevleri içinde usûlüne uygun olarak düzenledikleri belgelerin aksi ispatlanıncaya kadar kesin delil sayılacağı düzenlenmiş olup buna göre, 199. maddede sayılan çizim, plan, kroki gibi belgeler, yetkili memurlar tarafından görevleri dâhilinde usûlüne uygun şekilde düzenlenmişse kesin delil olarak değerlendirilecektir. Bununla birlikte 199. maddede sayılan elektronik ortamda bulunan bir veri, güvenli elektronik imza ile oluşturulmuşsa kesin delil hükmünde olacaktır.

Hukumumuzda geçerli olan senetle ispat zorunluluğu (ve senede karşı tanıkla ispat yasağı) kapsamında (HMK m.200-201) hâkimin somut vakianın ispatında “caiz delil” olarak kabul edilecek “belgeleri” delil olarak değerlendirmesi mümkün ve zorunludur. Somut vakia, Kanun'da gösterilen parasal sınırı geçerse veya bu parasal sınırı geçmemekle birlikte senede karşı ileri sürülecek hukuki işlem niteliğindeyse caiz delil olarak kabul edilecek bu belgeler, kural olarak “senet” niteliğinde olmalıdır⁶⁰. Bununla birlikte somut olay bakımından senetle ispat zorunluluğunun istisnası olarak delil başlangıcı kapsamında hâkim, senet dışında kalan ve 199. maddede sayılan diğer belgeleri de delil başlangıcının şartlarını (HMK m.202/2) taşıması halinde, hukuki işlemin ispatında delil başlangıcı olarak kabul edip (tanık dinlenmesinin caiz hale gelmesiyle birlikte) kanaatini oluşturabilir⁶¹. Unutulmamalıdır ki, delil başlangıcının diğer unsurları (karşı taraftan sâdir olma ve belge unsuru) yanında, özellikle bu belgelerde bilgi olarak aranan, hukuki işlemi muhtemel göstermesidir. Bu sebeple somut olayda, bir belgenin delil başlangıcı kapsamında kabul edilebilmesi için belgenin, uyumsuzluk konusu hukuki işlemin varlığını gösteren bir bilgiyi de taşıması gerekir. Sonuç olarak, senetle ispat zorunluluğunun olduğu bir durumda, “senet” veya istisnalar mevcutsa (ve şartları da taşıması halinde) “belge”, hukuki işlemin ispatında delil olarak değerlendirilir. Bununla birlikte delil başlangıcı niteliğinde bir belge mevcutsa senetle ispat zorunluluğu bulunan hallerde tanık caiz delil haline gelir (HMK m.202/1).

V. İSPAT HUKUKUNA GÖRE NFT'LERE BAKIŞ

Maddi hukuk bakımından NFT'lerin hukuki niteliğine ilişkin görüş birliği bulunmamakla⁶² birlikte NFT'nin ispat hukuku açısından da hukuki niteliğinin belirlenmesinde yarar vardır. NFT ile ilgili olarak telif hakları ve hukuki işlemlerde uyumsuzluk çıkması muhtemeldir. Bununla birlikte bir NFT'nin sahte bir şekilde oluşturulması da söz konusu olabilir⁶³. Örneğin, ünlü bir yabancı müzik grubunun metaverse dünyasında konser vermesine ilişkin olarak biletlerin NFT şeklinde satışında uyumsuzluk çıkması durumunda NFT'nin delil niteliğinin açıklanmasına ihtiyaç vardır.

Bir NFT'ye sahip olunması otomatik olarak temel çizimin veya başka bir varlığın sahipliğini vermez. NFT, yalnızca alıcıya temsil ettiği yaratıcı çıktıyı veya nesneyi kişisel kullanımları için kullanma hakkı verir. Örneğin, birisi bir tabloya bağlı bir NFT satın alırsa yalnızca dijital sanatı, token cüzdanında sergileme hakkını elde etmiş olur. Tabloyu çoğaltma, türev eserler yaratma veya baskı ya da kopyalarını satma haklarına sahip olmayacaktır. Telif hakkı açısından bir NFT, sanat eserinin belirli bir versiyonunun sahipliğini gösteren dijital bir belgedir⁶⁴.

Medeni usûl hukukunda NFT'lerin, belge niteliği ve daha da önemlisi senet niteliğinde olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bu kapsamda, NFT'lerin kesin delil veya takdiri delil olarak değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığı, mümkünse hangi şartların varlığını aranacağı üzerinde durulmalıdır.

Doktrindeki bir görüşe göre NFT'lere içerik olarak sözleşme, metin, senet gibi yazılı metinlerin yerleştirilebileceği ve bunlarda kişilerin imzasının da yer alabileceği düşünüldüğü zaman belge ötesinde senet olabileceği ifade edilmektedir⁶⁵. Blokzincirde güvenli elektronik imza bulunmadığından NFT'lerin de

⁶⁰ Senet dışındaki belgeler ile hukuki işlemlerin ispat edilemeyeceği, sadece vakıaların (hukuki fiiller) ispat edilebileceği yönünde bkz. KURU/AYDIN, s.261-262.

⁶¹ Krş. Kuru/Aydın, delil başlangıcının “yazılı” olması gerektiği ve HMK'nın 199. maddesindeki senet dışındaki belgelerin 200. maddede yer alan senetle ispat zorunluluğunun istisnası olmadığı için evleviyetle delil başlangıcı teşkil etmeyeceği görüşündedir (KURU/AYDIN, s.280). Delil başlangıcı için yazılılık unsurunun şart olmadığı yönündeki görüş için bkz. ERDÖNMEZ, s.1845; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.471; TANRIVER, s.943. Kanımızca, yukarıda da belirttiğimiz üzere, yazılılık unsuru elektronik ortamdaki veriler bakımından da karşılanabildiğinden “elektronik ortamdaki veriler” de diğer şartlar da mevcutsa delil başlangıcı sayılır. Elbette senedin bütün unsurlarını taşıyan elektronik belgeler HMK m.205/2'ye tâbidir. Yazılılık unsuru hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. ERTURGUT, s.202 vd.

⁶² NFT'lerin hukuki niteliğine ilişkin görüşler için bkz. AKÇAAL, Mehmet: “NFT (Değiştirilemeyen Jeton) Sanat Eserlerinin Miras Yoluyla Geçmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (159), 2022, s.376 vd.

⁶³ Beeples'in "Her Gün: İlk 5000 Gün" NFT'sini, "Monsieur Personne" adlı takma adlı bir bilgisayar korsanı, dünyadaki en pahalı takas edilemez olan bu tokenin (NFT) sahte kopyalarını yapmıştır (<https://www.coindesk.com/markets/2021/04/27/the-art-of-the-prank-how-a-hacker-tried-to-fake-the-worlds-most-expensive-nft/>, (Erişim: 16.03.2023).

⁶⁴ HOPPE, David B.: “United States: Legal And Regulatory Challenges Related To Non-Fungible Assets”, Gamma Law, 2021, https://gammalaw.com/legal-and-regulatory-challenges-related-to-non-fungible-assets/?utm_source=mondaq&utm_medium=syndication&utm_term=Technology&utm_content=articleoriginal&utm_campaign=article (Erişim: 23.02.2023).

⁶⁵ BİLGİLİ/CENGİL, s.298.

senet olarak kabul edilmesi mümkün değildir⁶⁶. Çünkü dijital imza tekniği, belgenin değiştirilmezliğini garanti altına alsada imzayı kullanan kişinin kimliğinin tespiti güvenilir bir üçüncü kişi tarafından yapılmamıştır⁶⁷. Hukukumuz açısından ancak güvenli elektronik imzanın kullanılmasıyla kişinin kimliği gerçekte tespit edilebilir ve doğrulanabilir (EİK m.4). Güvenli elektronik imza sisteminin blokzincir ve NFT yapısıyla birleştirilmesi halinde, diğer şartlar da mevcutsa NFT'ler senet olabilir. Bu ise senedin unsurlarından biri olan yazılılık unsuru sebebiyle yazılılığın sağlandığı belgelerde geçerli olabilir. Bu sebeple yazılılık unsurunu taşımayan resim, video veya diğer eserler hakkında NFT'nin senet olduğu düşünülmemelidir.

NFT içeriğinde, irade beyanında bulunan kişinin el yazısıyla imzasını taşıyan, hukuki işlem hakkında tam bir bilgi içeren ve medenî usûl hukuku anlamında senet niteliği taşıyan bir belge varsa bu fiziki belgenin elektronik ortama aktarılmış olması o senedin orijinalliğini etkiler⁶⁸. Bu sebeple elektronik ortama resim/pdf vb. teknikler ile aktarılan fiziki senetler bakımından NFT oluşturulurken kullanılmış olan gizli anahtar bu belgenin gerçekte doğru/sahte olup olmadığını ispatlamaya elverişli değildir. Çünkü fiziki belge elektronik ortama aktarılmadan önce değiştirilebileceğinden, fiziki belgenin değiştirilip değiştirilmediğinin tespit edilmesi bakımından elektronik ortam yeterli olmayacaktır. Örnek vermek gerekirse el yazısıyla imza başka bir yazılı belgeden fotoğraf çekilerek sözleşme metninin altına elektronik olarak eklenmiş olabilir ve bu belgenin, elektronik ortamda olması onun gerçekliğini/sahteliğini araştırmak için yeterli bir bilgi/ortam sağlamaz. Bu sebeple fiziki senetler (imzalı sözleşme metinleri gibi) elektronik ortama aktarılarak NFT içeriğine dâhil edilse bile senet olarak değerlendirilmesine tereddütle yaklaşmak gerekir. Burada Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 205. maddesinin birinci fıkrasına çerçevesinde sonuca ulaşmak mümkün olabilir. Buna göre, "Mahkeme huzurunda ikrar olunan veya mahkemece inkâr edenden sadır olduğu kabul edilen adi senetler, aksi ispat edilmedikçe kesin delil sayılırlar." Buna karşılık NFT içeriğinde, usûlüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş bir elektronik belge varsa artık bu belge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu anlamında senet hükmündedir (HMK m.205/2).

NFT, uyumsuzluk konusu vakıa hakkında bilgi içeriyorsa (bilgi taşıyıcısı) bu bilgi elektronik ortamdaki bir veri olduğundan Hukuk Muhakemeleri Kanunu anlamında belge sayılır. Zira NFT, blokzincir ve temelinde yer alan çift anahtarlı kriptografi tekniği ile oluşturulduğundan, NFT'de yer alan bilginin/içeriğinin sabitlendiğini ve yargılama sırasında da (kural olarak) bilginin/içeriğinin ilk oluşturulduğu haliyle erişilebilen (sonradan değiştirilmeyen) elektronik form olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu sebeple NFT içeriğinin sonradan değiştirilmediğine kural olarak güvenilir. Ancak bu içeriği/bilgiyi oluşturan kişinin kimliğini tespit etmek veya doğrulamak şu anda kullanılan sistemde mümkün değildir. Bunun için güvenli elektronik imzada olduğu gibi elektronik sertifika hizmet sağlayıcılarının gizli anahtar sahibinin kimliğinin güvenilir şekilde tespit etmesine ihtiyaç vardır (bkz. EİK m.4, 9-10). Uluslararası düzeyde bu kimlik tespitinin nasıl yapılacağı konusu üzerinde durulmalıdır. Hâlihazırda elektronik imzada nitelikli sertifika kullanıldığından, ülkelerin sertifika hizmet sağlayıcılarının birbirlerinin sertifikasını tanıması milletlerarası anlaşmalarla mümkündür (EİK m.14).

Uyumsuzluk konusunun Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.200'de belirtilen parasal sınıram üzerinde bir hukuki işlem olması durumunda (veya HMK m.201 kapsamında kalması durumunda) kural olarak senetle ispat zorunluluğu söz konusu olduğundan, bu konuda bir senedin varlığı aranacaktır. Eğer NFT içeriği hukuki işlemle ilgili tam bilgiyi taşıyorsa NFT içeriğinde yer alan bu bilginin, senedin diğer tüm unsurlarını da taşıması gerekir. Bu anlamda, NFT içeriğinde, usûlüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş ve hukuki işlemdeki irade beyanlarını (ve kişilerin kimliğini doğrulayan) içeren bir belge varsa ispatı gereken hukuki işlem hakkında senetle ispat zorunluluğu, NFT sayesinde karşılanmış olacaktır.

NFT içeriğinde yer alan bilgi, güvenli elektronik imzayla oluşturulmamışsa bu halde, delil başlangıcının unsurlarını (HMK m.202) değerlendirme olasılığı karşımıza çıkar. Şayet, senetle ispat zorunluluğu bulunan hallerde delil başlangıcı bulunursa tanık dinlenebilir (HMK m.202/1). NFT, elektronik ortamdaki bir veri olduğundan 199. madde anlamında belge kapsamındadır. Ancak delil başlangıcının bir unsuru da, karşı taraftan elektronik belgenin sâdir olması (kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş olması) olduğundan, NFT'nin bugünkü kullanımında karşı tarafın kimliğinin kesin olarak belirlenememesi sebebiyle henüz sâdir olma (karşı taraftan kaynaklanma) unsurunun karşılandığını söylemek zordur.

Senetle ispat zorunluluğunun olmadığı, diğer bir ifadeyle tanıkla (takdiri delille) ispatın caiz ve mümkün olduğu vakıalar bakımından kanunda düzenlenmemiş diğer deliller (HMK m.192) de dâhil olmak üzere vakıayı ispata elverişli her türlü delil kullanılabilir. Bu anlamda Kanunun 199. maddesinde sayılan

⁶⁶ MÖLLENKAMP, Rn. 108. Blokzincir teknolojisi Estonya ülkesinde kayıtların tutulması ve güvence altına alınması amacıyla kullanılmaktadır. Örneğin, tapu sistemi dâhil bütün tapular blokzincirde tutularak tapu sahiplerinin tapularını elektronik ortamda gösterebilmesi sağlanmaktadır (HOLBEIN, 2022), (Erişim: 09.03.2023).

⁶⁷ Hukukumuz açısından güvenli elektronik imza; özel olarak imza sahibine bağlı olan, imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulan, nitelikli elektronik sertifikaya dayalı imza sahibinin kimliğinin ve imzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığının tespitini sağlayan bir imzadır (EİK m.4). Ancak nitelikli sertifikaya dayanmayan dijital imzalarda, imza sahibinin kimliği güvenilir olarak tespit edilmediğinden, imza sahibi kişinin kim olduğu kesin olarak doğrulanamaz.

⁶⁸ Uygulamada blokzincirin teknik durumu ve veri hacmi nedeniyle hukuki işlemin tamamen akıllı sözleşmeyle sisteme aktarılmasına şu ana kadar nadiren rastlanmıştır (RAUER, Nils/BİBİ, Alexander: "Non-fungible Tokens – Was können sie wirklich?", Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht, 1, 2022, s.23).

“belgeler” de m.200 ve 201 kapsamı dışında kalan somut vakıalar bakımından hâkim tarafından bu vakıaların ispatında değerlendirilir. Bu belgelerin uyumsuzluk konusu vakıa (örneğin haksız fiil gibi) hakkında bilgi taşıması yeterli olup (gerçek olması ve hukuka uygun yoldan elde edilmiş olması şartıyla) hâkim, belgeden edindiği bu bilginin, uyumsuzluk konusu somut vakıanın ispatına yeterli olup olmadığını serbestçe takdir eder (HMK m.198).

NFT içeriğinde yer alan bilgi, uyumsuzluk konusu vakıa hakkında ise hâkim, NFT’yi Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.199 anlamında belge olarak takdiri delil⁶⁹ kapsamında değerlendirir. Ancak burada önemli olan husus, artık bu bilginin değiştirilip değiştirilmediğinden şüphelenilmesinin söz konusu olmamasıdır. Zira bu sistem (kullanılan blokzincir teknolojisi), NFT içeriğinde yer alan bilginin değiştirilmemiş olduğunu garanti altına alır. Bu haliyle hâkimin kanaatini oluştururken NFT içeriğinin değerlendirilmesinde, tanık delilinde olduğu gibi beyanların gerçeği yansıtmadığını sorgulaması veya şüpheye düşmesi beklenmez. Elbette bu durum, NFT içeriğinin herhangi bir siber saldırı ile değiştirilmiş olması ihtimali için geçerli değildir. Bu sebeple NFT içeriğinin sonradan siber saldırı veya teknik müdahaleler gibi durumlarda değiştirildiği iddiası/savunması varsa bunun öncelikle kriptografi konusunda uzman teknik bilirkişi vasıtasıyla incelenmesi gerekir.

NFT’nin delil olarak değerlendirilmesinin mümkün olduğu durumlarda, NFT içeriğine ulaşılması için hâkim ihtiyaç duyarsa bu konuda bilirkişiden yardım alabilir (HMK m.266 vd.). Özellikle NFT içeriğinin değiştirilmiş olması iddia/savunmasının incelenmesi için hâkimin kriptografi konusunda uzman teknik bilirkişi vasıtasıyla incelemeye karar vermesi gerekir. Ancak bilirkişinin buradaki değerlendirmesi hash algoritmasıyla birlikte uyumsuzluk konusu vakıanın ispatında kullanılacak delilin değiştirilip değiştirilmediğine ilişkin olmalıdır. Zira, sadece hash algoritmasıyla sözleşme metnine/ana veriye ulaşılması teknik olarak mümkün değildir⁷⁰.

Hâkimin, bilirkişinin oy ve görüşünü diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendireceği hüküm altına alınmıştır (HMK m.282). NFT’ler ile ilgili olarak bilirkişi incelemesi söz konusu olmuşsa böyle teknik bir konuda hâkimin herhangi bir gerekçe göstermeksizin, bilirkişi raporundaki görüşün aksine bir sonuca varması mümkün gözükmemektedir. Bu anlamda, şayet bilirkişi raporu yeterli değilse veya taraflarca rapora itiraz söz konusuysa hâkim tekrar bilirkişi görüşüne başvurabilir. Kural olarak, aynı konuda bir kez rapor alınması esastır; ancak rapordaki eksiklik veya belirsizliğin giderilmesi için ek rapor istenebilir (HMK m.281/1-2; BilK m.3/7). Mahkeme, gerçeğin ortaya çıkması için gerekli görürse yeni görevlendireceği bilirkişi aracılığıyla tekrar inceleme de yaptırabilir (HMK m.281/3).

Özetle, NFT’lerin delil olarak değerlendirilmesinde NFT’nin içeriği yol gösterici nitelikte olacaktır. Senetle ispat zorunluluğunun yerine getirilebilmesi için NFT içeriğinde, kural olarak senedin tüm şartlarını taşıyan güvenli elektronik imzalı elektronik veri bulunmalıdır. Şayet delil başlangıcının unsurlarını taşıyan bir NFT varsa senetle ve senede karşı senetle ispat zorunluluğunun istisnası olarak değerlendirilmelidir. NFT içeriğinin siber saldırı ile değiştirildiği, kopyalandığı, sahte olarak üretildiği gibi haksız fiil teşkil edebilecek vakıaların ispatı söz konusu ise bu vakıalar her türlü delille ispatlanabileceğinden, NFT’ler üzerinde bilirkişi incelemesi yapılması suretiyle sonuca varılması mümkün olacaktır.

VI. SONUÇ

Teknoloji gün geçtikçe ilerlemekte ve toplum hayatını etkilemektedir. Kişiler arasındaki ilişkilerde bu gelişmenin sonucu olarak uyumsuzluk çıkması halinde hukuk kurallarının etkin bir şekilde uygulanabilmesi için bu kuralların teknolojik gelişmelerden geri kalmaması gerekir. Aksinin kabulü teknoloji karşısında kişilerin hukuki korumadan yararlanamamasına sebep olur. Böyle bir durumun hukuk devletinde kabul edilmesi olanaksızdır.

Blokzincir teknolojisi kullanımının artmasıyla birlikte, bu alandan kaynaklanan hukuki uyumsuzlukların neler olabileceği ve bu teknolojinin hukuki niteliği de tartışılmaya başlanmıştır. Blokzincirin sağladığı akıllı sözleşmeyle NFT oluşturulmasında ortaya çıkabilecek hukuki uyumsuzluklarda NFT’nin delil değerinin tespit edilmesi gerekir. NFT’nin delil olarak değerlendirilmesinin her zaman yürürlükteki düzenlemelerle mümkün olmayacağı düşünülebilir. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu, elektronik ortamdaki verileri de belge kapsamında kabul etmektedir. Bu nedenle Usûl Kanunumuz, elektronik ortamda yaşanacak uyumsuzluklar bakımından (NFT’ler de dâhil) delil olarak bir sınırlama veya engelleme içermemektedir. Özellikle Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.199’da sayılan elektronik ortamdaki belgeler, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 192. maddesinde yer alan “Kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğunu öngörmediği hâllerde, Kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabilir.” düzenlemesi ile birlikte değerlendirildiğinde, genel olarak elektronik ortamdaki uyumsuzluklar açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun, elektronik delil ve bunların değerlendirilmesi açısından hazır olduğu belirtilmelidir. Bunların yanında, usûlüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş belgelerin, senet hükmünde olduğu düzenlemesi de unutulmamalıdır (HMK m.205/2). Elektronik ortamda bir veri olan NFT’nin, somut vakıaya ve taşıdığı özelliklere göre delil değerinin belirlenmesi ve buna göre ispat faaliyetinde kullanılması gerekir.

⁶⁹ HMK m.199’daki senet dışındaki belgelerin takdiri delil olduğuna ilişkin olarak bkz. KURU/AYDIN, s.262; TANRIVER, s.914.

⁷⁰ Hash değeri üzerinden verilere (hash özeti çıkarılan metnin tamamına) ulaşamadığına ilişkin bkz. ERTURGUT, s.75-76; DEĞİRMENCİ, s.54, 55. Ayrıca bkz. ve krş. BİLGİLİ/CENGİL, s.360.

Önemle belirtmek gerekir ki, blokzincir teknolojisinde güvenli elektronik imza bulunmamaktadır. Bu teknolojide dijital imza tekniği belgenin değiştirilmezliğini garanti altına almaktaysa da güvenilir bir üçüncü kişi tarafından imzayı kullanan kişinin kimliğinin tespiti yapılamamaktadır. Blokzincir ve NFT yapısına güvenli elektronik imza tekniği eklendiği takdirde ve diğer unsurlar da mevcutsa NFT senet hükmünde olabilir. Buna karşılık, yazılılık unsurunu sağlamayan resim, video veya diğer eserler hakkında NFT'nin senet hükmünde olduğunun kabulü mümkün değildir.

Sonuç olarak, NFT'nin delil niteliği medenî usûl hukuku anlamında senedin unsurlarını taşıyıp taşıyamamasına göre değişir. Özellikle güvenli elektronik imzanın NFT'ye aktarılmasıyla “senet hükmünde” olabileceği ve kesin delil sayılacağı, güvenli elektronik imza kullanılmadığı için kişinin kimliğinin güvenilir bir şekilde tespitinin mümkün olmaması halinde ise uyumsuzluk konusu hakkında elektronik ortamda bilgi/veri içermesi sebebiyle “belge” olarak kabul edilebileceği ve takdiri delil kapsamında değerlendirileceği belirtilmelidir.

KAYNAKÇA

- AKÇAAL, Mehmet: “NFT (Değiştirilemeyen Jeton) Sanat Eserlerinin Miras Yoluyla Geçmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (159), 2022, s.363-396.
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel: Medeni Usûl Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin: Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- BAMBARA, Joseph J./ ALLEN, Paul R.: Blockchain A Practical Guide to Developing Business, Law, and Technology Solutions, McGraw-Hill Education, New York, 2018.
- BIZER, Johann/HAMMER, Volker: “Elektronisch signierte Dokumente als Beweismittel”, Datenschutz und Datensicherheit, 11, 1993, s.619-628.
- BİLGİLİ, Fatih/CENGİL, M.Fatih: Blockchain ve Kripto Para Hukuku, Dora Yayınları, Bursa 2022.
- BRILLIANTOVA, Vlada/THURNER, Thomas Wolfgang: “Blockchain and The Future of Energy”, Technology in Society, 57, 2019, s.38-45.
- DEDEOĞLU, Daron: A'dan Z'ye Blockchain, 2.Baskı, KODLAB Yayıncılık, İstanbul 2021.
- DE FILIPPI, Primavera/WRIGHT, Aaron: Blockchain and the Law: The Rule of Code, Harvard University Press, Cambridge 2018.
- DEĞİRMENCİ, Olgun: “The Concept of Hash Value and The Collision of Hash Value As The Way to Provide Unassailability of Digital Evidence”, Adalet Dergisi, (69), 2022, s.45-62.
- ERTURGUT, Mine: Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2004.
- ESCHENBRUCH, Klaus/GERSTBERGER, Robert: “Smart Contracts”, Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht, 1, 2018, s.3-8.
- GUADAMUZ, Andres: “The Treachery of Images: Non-Fungible Tokens and Copyright”, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 16(12), 2021, s.1-19.
- HEINE, Robert/STANG, Felix: “Weiterverkauf digitaler Werke mittels Non-Fungible-Token aus urheberrechtlicher Sicht”, MMR-Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung, 10, 2021, s.755-760.
- HOLBEIN, Justin: “Evolving Legal Issues for NFTs”, 2022, <https://www.jdsupra.com/legalnews/evolving-legal-issues-for-nfts-5461995/>, (Erişim: 09.03.2023).
- HOPPE, David B.: “United States: Legal And Regulatory Challenges Related To Non-Fungible Assets”, Gamma Law, 2021, https://gammalaw.com/legal-and-regulatory-challenges-related-to-non-fungible-assets/?utm_source=mondaq&utm_medium=syndication&utm_term=Technology&utm_content=article-original&utm_campaign=article (Erişim: 23.02.2023).
- KURU, Baki/AYDIN, Burak: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- MÖLLENKAMP, Stefan: “Blockchain, Kryptowährungen und Token”, Handbuch Multimedia-Recht, 58. EL, C.H.BECK 2022.
- NAKAMOTO, Satoshi: “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System”, <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> (Erişim: 16.02.2023).
- NAM, Kichan/DUTT, Christopher S./CHATOTH, Prakash/KHANA, M.Sajid: “Blockchain Technology For Smart City and Smart Tourism: Latest Trends and Challenges”, Asia Pacific Journal of Tourism Research, 26(4), 2021, s.454-468.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar: “Elektronik Ortamda Düzenlenen Noter Senetleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22(3), 2016, s.2213-2282.
- ÖZCAN, Doğa: Blokzincir Mimarisi ve Merkezi Olmayan Uygulamalar, Pusula Yayıncılık, İstanbul 2021.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.
- PEKCANITEZ, Hakan/ÖZEKES, Muhammet/AKKAN, Mine/TAŞ KORKMAZ, Hülya: Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017 (İlgili Bölüm Yazarı, Pekcanitez Usûl).
- RAUER, Nils/BİBİ, Alexander: “Non-fungible Tokens – Was können sie wirklich?”, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht, 1, 2022, s.20-31.
- ROY, Karun/ROY, Harisankar/PARVATHY R. Gowri: “The Invisible Strings of NFTs and IP”, International Journal of Law Management & Humanities, 5(5), 2022, s.34-41.
- SCHREY, Joachim/THALHOFER, Thomas: “Rechtliche Aspekte der Blockchain”, Neue Juristische Wochenschrift, (20), 2017, s.1431-1436.
- TANRIVER, Süha: Medenî Usûl Hukuku, Cilt:1, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- TANRIVERDİ, Mustafa/UYSAL, Mevlüt/ÜSTÜNDAĞ, Mutlu Tahsin: “Blokzinciri Teknolojisi Nedir? Ne Değildir?: Alanyazı İncelemesi”, Bilişim Teknolojileri Dergisi, 12(3), 2019, s.203-217.
- TEVETOĞLU, Mete: “NFT'nin Gündeme Taşdığı Hukuki Sorunlar”, İstanbul Barosu Yapay Zekâ Çağında Hukuk, (17), 2022, (NFT), s.7-10.
- TEVETOĞLU, Mete: “Ethereum ve Akıllı Sözleşmeler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12(1), 2021, s.193-208.
- USTA, Ahmet/DOĞANTEKİN, Serkan: Blockchain 101 v2, BKM Yayınları, İstanbul 2018.
- VATIERO, Massimiliano: “Smart Contracts vs Incomplete Contracts: A Transaction Cost Economics Viewpoint”, Computer Law & Security Review, 46, 2022, s.1-8.

VERMA, Atul Kumar/GARG Arpit: “Blockchain: An Analysis On Next-Generation Internet”, International Journal of Advanced Research in Computer Science, 8(8), 2017, s.429-432.
<https://www.coindesk.com/markets/2021/04/27/the-art-of-the-prank-how-a-hacker-tried-to-fake-the-worlds-most-expensive-nft/>, (Erişim: 16.03.2023).
<https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim: 11.03.2023).
<https://cbddo.gov.tr/haberler/6354/nft-nin-turkce-karsiligi-belli-oldu>, (Erişim: 26.02.2023).

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazarlar Mine AKKAN ve Ekin Cansu KAMACI , bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Mine AKKAN and Ekin Cansu KAMACI who are the authors have not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazarlar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the authors alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazarlar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the authors.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazarlar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The authors declare that they comply with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that they do not make any falsification of the data collected. In addition, they declare that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

MENŞE DEVLETİN KİTLESEL MÜLTECİ AKINLARINDAN SORUMLULUĞU VE ESKİ HALE İADE YÜKÜMLÜLÜĞÜ: SURIYE ÖRNEĞİ VE TÜRKİYE'DEKİ SURIYELİLERİN GÖNÜLLÜ GERİ DÖNÜŞÜ

RESPONSIBILITY OF THE STATE OF ORIGIN AND RESTITUTION OBLIGATION
DUE TO THE MASS INFLUXES OF REFUGEES:
THE CASE OF SYRIA AND THE VOLUNTARY RETURN OF SYRIANS IN TÜRKİYE

Ümmühan Elçin ERTUĞRUL*  

Makale Bilgi

Gönderi: 18/08/2023
Kabul : 09/11/2023

Anahtar Kelimeler

*Menşe Devlet,
Mülteci,
Devletin
Sorumluluğu,
Türkiye,
Suriye.*

Article Info

Received: 18/08/2023
Accepted: 09/11/2023

Keywords

*State of Origin,
Refugee,
States Responsibility,
Türkiye,
Syria.*

Özet

10.21492/inuhfd.1346169 

İnsan hakları, birey ile devlet arasında bir bağlantı kurar. Mülteci, kendi ülkesinden kaçmak zorunda kalan ve bir başka ülkeye sığınma talebinde bulunan kişidir. Mülteciler, devletlerin, ülkelerinde insan haklarını ihlal etmelerinin bir sonucudur. Devletlerin insan haklarını koruma konusunda, birbiriyle çok yakın bağlantılı ve esasen birbiriyle yarışan iki yükümlülüğü söz konusudur. Bunlardan biri ve diğerine de kaynaklık eden, varsayımsal toplumsal sözleşmeye dayalı ve devlet egemenliğinden kaynaklanan devletlerin vatandaşlarını koruma yükümlülüğüdür. Diğer ise devletin, uluslararası bağlayıcı olan ve olmayan hukuki hukuki metinlerde düzenlenen, insan haklarını ayırmıcılık yapmadan korumasıdır. Devletlerin, bu yarışan yükümlülüklerini ihlallerinden doğan mültecilerin kitlesel akınları, uluslararası haksız fiildir. Bu durum, Devletin Uluslararası Haksız Fiillerden Dolayı Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler'e göre, menşe devletin sorumluluğunu doğurur. Çalışma, Suriye örneği üzerinden menşe devletlerin kitlesel mülteci akınlarına sebep olmak yüzünden uluslararası sorumluluğunu inceler ve bu sorumluluğun sonucu olan onarım şekillerinden “eski hale iade” ye odaklanır. Eski hale iade ile mültecilerin menşe ülkelerine “gönüllü geri dönüş” leri arasında bir bağlantı kurar.

Abstract

Human rights establish a connection between individuals and the state. A refugee is someone who has had to flee their country of origin and seeks asylum in another country. Refugees are the result of states violating human rights in their countries. States have two closely interconnected and essentially competing obligations to protect human rights. One of them, which is the resource of the other, is the obligation of states to protect their citizens based on the hypothetical social contract that arises from state sovereignty. The other is that the state protects human rights without discrimination, which is regulated in internationally binding and non-binding legal instruments. A mass influx of refugees resulting from states' violations of these competing obligations is an international wrongful act. The aforementioned situation gives rise to the responsibility of the state of origin, according to the Draft Articles on State Responsibility for International Wrongful Acts. The study examines the international responsibility arising from the mass influx of refugees in the states of origin through the example of Syria and focuses on "restitution", one of the forms of reparation that is the result of responsibility. The study establishes a connection between restitution and the “voluntary return” of refugees to their country of origin.

 Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

* Doç. Dr. Kırıkkale Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü.

Atıf Şekli | **Cite As:** ERTUĞRUL, Ümmühan Elçin, “Menşe Devletin Kitlesel Mülteci Akınlarından Sorumluluğu Ve Eski Hale İade Yükümlülüğü: Suriye Örneği Ve Türkiye'deki Suriyelilerin Gönüllü Geri Dönüşü”, İnÜHFD, 14(2), 2023, s.469-485. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

International Law is comprised of three inseparable components: social reality, values, and norms. It revolves around the perspectives of realists who reduce law to an instrument of politics, proponents of natural law who uphold universal values, and positivists who define law in terms of norms or will. International Refugee Law is subject to the same fate. It is stuck between normative regulations prioritizing individuals and the interests of the states. The current international refugee regime focuses on the rights of refugees and the obligations of states providing asylum.

According to the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees, a refugee can be defined briefly as a person who is outside the country of his nationality or residence for fear of being persecuted, unable to return there, or unwilling to return because of such fear. As per the provisions of this Convention, states are not obligated to provide asylum to persons who have been forced to leave their country of origin. However, there exists a legal duty of non-refoulement towards refugees subsequent to their admission into the country. Armed conflicts are always the primary factor in generating refugees, and the neighboring middle- and low-income countries adjacent to these armed conflict zones have limited options in determining their admission of mass influxes created owing to armed conflicts.

Based on the data provided on June 14, 2023, by the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), 108.8 million people have been forcibly displaced worldwide. Low- and middle-income nations host 76% of the refugees under UNHCR's mandate, and neighboring nations host 70%. The major source of refugees worldwide, with a 19% ratio, is the Syrian Arab Republic (Syria). The proportion of Syrians who have been displaced from their homes and are currently residing in other countries exceeds 20% of Syria's population. 91.5% of Syrian refugees are in Türkiye, Lebanon, and Jordan. Türkiye hosts approximately 64% of Syrian refugees. A mass influx of Syrians has been continuing in Türkiye since 2011, when internal conflicts began in Syria. Türkiye's anticipated refugee burden should have been 1.03%, according to the Fair Share of Refugees model developed by Reynolds and Vacatello in 2019, which uses data from the World Bank on the gross domestic product and population of 193 countries. However, the current refugee burden in Türkiye exceeds this expectation, reaching 1193%—one thousand and a hundred ninety-three percent—even in 2019.

The study claims the international responsibility of the state of origin that produces refugees, directly or indirectly, by violating the human rights of those under its jurisdiction, whether by action or omission. The study bases its claim on Grotius's well-known maxim that "the state of fault has an obligation to make reparation for damage". The main argument of this study is grounded in the Draft Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts (Draft Articles). It focuses on the "restitution" form of reparation from the legal consequences of responsibility and establishes a strong connection between the voluntary return of refugees to their country of origin and the restitution obligation of the country.

The study provides a rationale for the claim, in accordance with the Draft Articles, as follows: Refugees are a result of internationally wrongful acts arising from the violation of the human rights of persons in a State's jurisdiction. The state is responsible for the wrongful acts attributed to it. Internationally wrongful means a violation of international obligations. These international obligations may arise from international treaties, international customs, general principles of law, or the jus cogens norms. States have obligations to protect human rights in their jurisdiction. These obligations exhibit a close connection, either in the form of competition or arising from only one. One of them is the obligation of states to protect their citizens, based on the hypothetical social contract that arises from state sovereignty. The other is that the state protects human rights without discrimination, which is regulated in internationally binding and non-binding legal instruments. The country of origin, in violation of these international obligations, directly or indirectly produces refugees and therefore has international responsibility.

The legal results of the state's responsibility are the continuation of the duty to perform its obligation breached, cessation and non-repetition of the internationally wrongful act, and reparation. The forms of reparation are restitution, compensation, and satisfaction. Restitution takes priority over other forms of reparation and is more compatible with the human rights of refugees. The natural result of the restitution responsibility of the state of origin is the return of refugees to their country of origin. The country of origin is obliged to ensure the return of refugees who have left their country. The study adopts the definition of refugee in a broad sense, including those who took refuge during mass influxes. Likewise, the term "country of origin" is used to mean the state that creates refugees, irrespective of whether they are citizens of itself. This study acts on the example of Syria as a country of origin and Türkiye as a host country.

The voluntary return of refugees to their country of origin is the most ideal solution to the refugee "problem". The current refugee regime favors refugees' stays in the often impoverished and underdeveloped first asylum countries to which they acclimate rather than their return. For instance, the European Union's intention for Syrians in Türkiye is to stay within Türkiye's borders rather than facilitate their return to Syria. The rate of return to Syria from the countries of asylum, including Türkiye, is approximately 6.9%, according to UNHCR's data.

It is the international responsibility of states of origin to ensure the return of refugees to their countries by creating fair conditions of return for refugees. Hence, it is a legal obligation that the decision not be reliant on the mere discretion of the state of origin. The study accepts that restitution, which will result in the return of refugees to their countries of origin, must encompass all dimensions, including material, moral, and legal dimensions.

The study focuses on countries of origin that have oppressive regimes and internal conflicts, even if their countries are later internationalized. The reason for this is the multitude of examples worldwide and the ability to call on the responsibility of other states and the international community. The international community has competing responsibilities regarding these states. One of them is in the context of the Responsibility to Protect. Another is the scope of violations of the peremptory norms known as the jus cogens norms of international law. Nevertheless, this study indicates the responsibility of the international community and other states without going into details.

Reminding the states of Origin of their responsibility regarding the return of refugees, this study also highlights a gap in International Refugee Law and presents a perspective on the protection of the human rights of refugees and a more fair international refugee burden-sharing.

In this study, deductive and document analysis methods were applied. The subject of the study has been examined within the main parts of "State of Origin's Responsibility for Refugees" and "Restitution Obligation and Voluntary Return Relationship".

I. GİRİŞ

Uluslararası Hukuk, toplumsal gerçeklik, değerler ve normlar olmak üzere ayrılmaz üç unsurdan oluşmakta ve hukuku politikanın bir aracına indirgeyen realistler; evrensel değerleri esas alan doğal hukukçular ve hukuku normlar ya da irade üzerinden tanımlayan pozitivistler arasında sürüp gitmektedir¹. Uluslararası Mülteci Hukuku da doğal olarak aynı durumu paylaşır. Arzu Güler, uluslararası mülteci rejiminin temeli olarak kabul ettiği 1951 Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşmesinin (Mülteci Sözleşmesi) Koskeniemi'nin Ütopya²'sına atıfla, neo-liberal anlayışla kurulan normatif düzen ile klasik realist anlayışın hâkim olduğu siyasi gerçeklikler arasında sıkışıp kalmış bir yapıya sahip olduğundan bahseder³. Mültecileri geri gönderme yasağıyla koruyan Mülteci Sözleşmesi, mülteci kabulünü devletlerin münhasır takdir yetkisine bırakmıştır. Bu, mülteci yükünün, uygulamada çok sınırlı sayıda devletin omuzlarına yüklenmesine neden olmuştur.

Daha çok silahlı çatışmaların sebep olduğu kitlesel akınlar, gelişmiş ülkelerin düzensiz göçü önleme tedbirleri ve gönüllü geri dönüş seçeneğini neredeyse ortadan kaldıran günümüz “yeni savaş”⁴ larıyla, düşük ve orta gelirli komşu ülkelerde yerleşik hale gelmektedir. Mülteciliğin insan hakkı olduğu ve ekonomik katkılarının vurgulandığı söylemler ile ev sahibi toplulukların göçmen düşmanlığı kıyasıya çarpışmaktadır.

Mülteci Sözleşmesinin 1/A(2) maddesinde⁵, mülteci;

“... ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşlığı için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen; yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen...”

kişiler şeklinde tanımlanmıştır. Silahlı çatışmalar sonucunda ülkelerini terk etmek zorunda olan kişileri, normalde mülteci olarak kabul etmeyen Mülteci Sözleşmesi, günümüz ihtiyaçlarına cevap vermekten uzaktır⁶. Günümüz silahlı çatışmalarının %95'inden fazlası, iç savaş olarak da adlandırılan uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalardır. Bu silahlı çatışmalar uzun sürelidir; silahlı çatışmalarda ölenlerin %80'i sivilidir ve şiddet, sivil halka yöneltilmiştir. Bunun sonucu olarak, silahlı çatışmalar menşe ülkeden (ya da menşe devlet) başka ülkelere kitlesel akınlar doğurmaktadır. Silahlı çatışmalardan kaçan kişiler, mülteciler yanında göçmenleri de kapsar. Uluslararası Hukuk, mülteci ve göçmen tanımını yapmış olmasına rağmen uygulamada, özellikle kitlesel akın durumlarında mülteci ve göçmenlerin tespit edilmesi zordur.

Türkiye, coğrafi konumu itibarıyla, mülteci akınlarından en çok etkilenen ülkelerden biridir. Mülteci Sözleşmesini coğrafi kısıtla yani yalnızca Avrupa'dan gelenleri mülteci olarak kabul etmiş, ulusal hukukunu buna göre şekillendirmiştir⁷. 1989 yılında Bulgaristan, 1991 yılında Irak'tan gelen kitlesel mülteci akınlarını deneyimleyen Türkiye, Mart 2011 sonrası, Suriye'den gelen kitlesel akınlarla karşılaşmıştır. Suriye'de başlayan iç çatışmaların etkisiyle, Suriye'den kitlesel akınlar halinde Türkiye'ye gelenleri, önce “misafir” olarak adlandırmış, daha sonra Avrupa Birliği Geçici Koruma Yönergesine uygun şekildeki ulusal düzenlemesiyle, “geçici koruma” statüsü vermiştir⁸. Bu çalışmada, geniş anlamda mülteci tanımı benimsenmiş olup, geçici korunanları da kapsayacak şekilde, Mülteci Sözleşmesindeki şartları yerine getiren her yerinden edilen kişi, mülteci olarak kabul edilmiştir⁹. Benzer şekilde, menşe ülke de geniş anlamda kullanmıştır ve vatandaşlık bağına bakmaksızın mülteci üreten ülkeyi ifade etmektedir. Çalışmada, menşe ülke olarak Suriye; kabul -sığınma- ülkesi ya da ev sahibi ülke olarak Türkiye, örnek kabul edilmiştir.

Mevcut duruma, rakamlarla bakacak olursak; Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliğinin (BMMYK) 14 Haziran 2023 tarihli verisine göre, dünya çapında yerinden edilmiş kişi sayısı 108,4 milyondur. Bu rakam, BMMYK himayesinde olmayan mülteciler dahil olmak üzere, sığınma arayanlar, ülke içinde yerinden edilenler ve uluslararası koruma ihtiyacında olan diğer kişileri de içerir. 29,4 milyon kişi, BMMYK koruması kapsamında mültecidir. Mültecilerin %76'sına düşük ve orta gelirli ülkeler, %70'ine

¹ ÖZBİLGEN, Tarık: Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976, s.1-7.

² KOSKENIEMI, Martti: From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument, Cambridge University Press, Cambridge 2006.

³ GÜLER, Arzu: “Mülteci Sorunu ve Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Sözleşme: Siyasi Gerçeklik ve Normatif Düzen İkilemi”, Uluslararası İlişkiler Dergisi, 13(51), 2016, s.45.

⁴ Münkler, “Yeni Savaşlar” tabiriyle, uzun süreli ve 20. yüzyılın başlarına kadar ölenlerin %90'ını askerlerin oluşturduğu savaşların aksine, 20. yüzyılın sonunda başlayan yeni savaşlarda ölenlerin %80'i sivil, %20'sinin asker olduğu ve şiddetin halka yöneltildiği savaşları kasteder. MÜNKLER, Herfried: Yeni Savaşlar, Çev. Zehra Aksu Yılmaz, İletişim Yayınları, İstanbul 2010, s.30-32.

⁵ <https://www.multeci.org.tr/wp-content/uploads/2016/12/1951-Cenevre-Sozlesmesi-1.pdf>, (Erişim: 29.10.2023).

⁶ HCR/1P/4/ENG/REV. 4, Handbook on Procedures Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, Reissued, Geneva, 2019, para.164-166. <https://www.refworld.org/docid/5cb474b27.html>, (Erişim: 10.06.2023).

⁷ Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK), madde 61'de düzenlenen mülteci, Mülteci Sözleşmesindeki tanımı – tarih sınırlamasına bakılmaksızın- Avrupa'dan gelme kaydıyla aynen benimser. YUKK, madde 62, Avrupa ülkeleri dışından gelenleri, üçüncü ülkeye yerleştirilince kadar şartlı mülteci olarak Türkiye'de kalmasına izin verir.

⁸ Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, m. 91, Geçici Koruma: “ (1) Ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılara geçici koruma sağlanabilir...” Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0055>, (Erişim: 19.05.2023); YILMAZ EREN, Esra: Mülteci Hukukunda Geçici Koruma, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Ankara, 2018; İNELİ CİĞER, Meltem: “Uluslararası Hukuka Uygun Geçici Koruma Rejiminin Unsurları Üzerine”, Göç Araştırmaları Dergisi, 2(3), Ocak-Haziran 2016, s.62-92.; ÖZTÜRK, Neva Ö.: “Geçici Korumanın Uluslararası Koruma Rejimine Uyumu Üzerine Bir İnceleme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 66(1), 2017, s.201-264.

⁹ HCR/1P/4/ENG/REV. 4, para.28.

komşu ülkeler ev sahipliği yapmaktadır. %19 oranla -6,5 milyon kişi-, dünyada en çok mülteci üreten ülke, Suriye'dir. Her 5 Suriyelinin 1'inden fazlası mültecidir. Türkiye, resmi verilere göre, yaklaşık 3,6 milyon mülteciye ev sahipliğiyle, ülkesinde en çok mülteci barındıran ülkedir. Bu mültecilerin büyük çoğunluğunu Suriye vatandaşları oluşturmaktadır¹⁰. Resmi rakamların, gerçeklerin yarısından daha azını gösterdiğini hatırla tutarak- Haziran 2023 tarihi itibarıyla kamuoyunda 12 milyondan fazla Suriyelinin Türkiye'de olduğu söylemi yaygındır. Ayrıca, şu rakamların bilinmesi de önemlidir. 11 Mayıs 2023 tarihi itibarıyla, kayıt altına alınan Suriyeli sayısı, 5.303.746'dır. Bunun, Türk Hükümeti verilerine göre, 3.388.698 kişisi Türkiye'de; BMMYK verilerine göre, 805.326 kişisi Lübnan'da ve 660.605 kişisi Ürdün'dedir¹¹. Rakamların belirttiği, Suriyeli mültecilerin % 91,5'inden fazlasının Türkiye, Lübnan ve Ürdün'de olduğudur. Tek başına Türkiye, Suriyeli mültecilerin yaklaşık % 64'üne ev sahipliği yapmaktadır.

Reynolds ve Vacatello'nun, 2019 yılında, Dünya Bankasının gayri safi yurt içi hasıla miktarlarını ve nüfuslarını esas alarak 193 ülke üzerinden yaptıkları ve her ülkeye adil yük tahsis edildiğini ileri sürdükleri sistemlerine göre; mevcut mülteci yükü Ürdün'ün % 20127; Lübnan'ın % 9740 ve Türkiye'nin %1193'tür. Halbuki, söz konusu yazarların adil yük paylaşım sistemine göre, mevcut mülteci yükünden bu devletlerin sorumlu olmaları gereken oran; Ürdün ve Lübnan'ın %0,06, Türkiye'nin %1,03'tür¹².

BMMYK tarafından hazırlanan raporda, Suriye'den gelen mülteciler için kalıcı çözümler:

- Ev sahibi ülkenin ve toplumun dayanıklılığını desteklemek;
- Hizmetlere, yasal çalışma fırsatlarına ve geçim kaynaklarına erişim de dahil olmak üzere mültecilerin kendi kendilerine yetebilmelerini sağlamak;
- Üçüncü ülkelerde ve diğer tamamlayıcı yollarda yeniden yerleşime erişimi genişletmek;
- Güvenli, onurlu ve sürdürülebilir bir geri dönüş için koşullar mevcut olduğunda, mültecilerin Suriye'ye gönüllü olarak geri dönüşünü planlamak

olarak belirlenmiştir¹³.

2014-2023 yılları arasında yeniden yerleştirilen Suriyeli sayısı yani iltica ettiği ülkeden bir başka ülkede kalıcı oturma izni alan kişi sayısı, 336.549'dur. Bu, 2014-2023 yılları arasında, yalnızca % 6,3 Suriyeli mültecinin yeniden yerleştirildiği anlamına gelmektedir.

2016'dan Mayıs 2023'e kadar, Türkiye'den 163.994; Lübnan'dan 80.662; Ürdün'den 66.108; Irak'tan, 53.792 ve Mısır'dan 2.394 kişi olmak üzere, toplam 366.910 mülteci, Suriye'ye gönüllü geri dönmüştür¹⁴. Yukarıdaki veriler, 2016-2023 yılları arasında, yalnızca % 6,9 Suriyeli mültecinin ülkesine gönüllü geri dönüş yaptığı anlamına gelmektedir. Ev sahibi ülkelerdeki misafirlik ya da geçici korumanın süresi uzadıkça gönüllü geri dönüşün az olduğunu/ olacağını tahmin etmek güç değildir.

Görüldüğü üzere, mülteci yükü dünyada çok az sayıda devletin omuzlarındadır. Mülteciler için kalıcı çözümler, menşe devlete gönüllü geri dönüş, yerel entegrasyon ve yeniden yerleştirmedir. Gönüllü geri dönüş, mültecilerin insan hakları dolayısıyla en ideali olmasına rağmen en az tercih edilen kalıcı çözüm yoludur.

Çalışma, mülteciyi; mülteci, mültecileri kabul eden devlet ve menşe devlet arasındaki ilişkinin bir ürünü ve mülteci üreten menşe devletin insan hakları ihlallerinin bir sonucu olarak görür. Menşe ülke olarak Suriye örneği üzerinden, icrai ya da ihmali davranışlarıyla, vatandaşlarının ve ülkesinde bulunan yabancıların insan haklarını ihlal etmek suretiyle doğrudan ya da dolaylı olarak mülteci üreten menşe devletin uluslararası sorumluluğunu iddia eder. İddiasını, sorumluluğun "zarar veren, verdiği zararı öder/giderir" ilkesi üzerine temellendirir ve ana argüman olarak, 2001 tarihli Uluslararası Haksız Fiillerden Dolayı Devletin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeleri (Taslak Maddeler ya da Devletin Sorumluluğu Taslak Maddeleri) esas alır. Sorumluluğun hukuki sonuçlarından, onarımın "eski hale iade" şekline odaklanır ve mültecilerin menşe ülkelerine geri dönüşleri arasında yakın bir bağlantı kurar.

Çalışma iddiasını, şu şekilde gerekçelendirir: Mültecilik, esasen, devletin ülkesindeki vatandaşlarına ve egemenliği altındaki insanlara karşı insan haklarını ihlal etmesinden doğan, uluslararası haksız fiildir. Taslak Maddeler'e göre, devlet kendisine atfedilen uluslararası haksız fiillerinden sorumludur. Haksız fiil uluslararası yükümlülüklerin ihlalidir. Bu uluslararası yükümlülükler, uluslararası anlaşmalardan, uluslararası örf-adetten, hukukun genel ilkelerinden, jus cogens normlardan ya da devletin tek taraflı işlemlerinden kaynaklanabilir. Devletlerin insan haklarını koruma konusunda, birbiriyle çok yakın bağlantılı, esasen birbiriyle yarışan ya da biri diğerinden kaynaklanan iki uluslararası yükümlülüğü söz konusudur. Bunlardan biri, varsayımsal toplumsal sözleşmeye dayalı ve devlet egemenliğinden doğan, devletlerin vatandaşlarını koruma yükümlülüğüdür. Diğeri ise Birleşmiş Milletler (BM) Andlaşması, İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi (İHEB), Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (MSHS) gibi uluslararası hukuki metinlerde düzenlenen, herhangi bir ayırım gözetmeksizin insan haklarının korunmasıdır. Menşe devlet, insan haklarının korunması konusunda uluslararası yükümlülüklerini ihlal ederek, mülteci üretmektedir. Bu, menşe devletin uluslararası haksız fiilidir ve bu nedenle uluslararası sorumluluğu söz konusudur. Taslak

¹⁰ UNHCR, Figures at Glance, 2023.

¹¹ UNHCR, Syria Regional Refugee Response: Durable Solution https://data2.unhcr.org/en/situations/syria_durable_solutions (Erişim: 05.06.2023).

¹² REYNOLDS Sarnata/VACATELLO, Juan Pablo: "Building a Lifeline, A proposed global platform and responsibility sharing model for the Global Compact on Refugees", The Scholar: St Mary's Law Review on Race and Social Justice, 21(3), 2019, s.350-352.

¹³ UNHCR, Syria Regional Refugee Response: Durable Solution.

¹⁴ UNHCR, Syria Regional Refugee Response: Durable Solution.

Maddeler'e göre, devletin sorumluluğunun hukuki sonuçlarından biri, onarımdır. Onarım şekilleri, eski hale iade, tazminat ve tatmindir¹⁵. Eski hale iade, diğer onarım şekillerine göre önceliklidir. Eski hale iadenin sonucu olarak, menşe devlet ülkesini eski haline getirmekle ve dolayısıyla ülkesinden ayrılan bireylerin geri dönüşlerini sağlamakla yükümlüdür.

Çalışma, yukarıda da bahsedildiği gibi, geniş anlamda mülteci tanımını benimser ve kitlesel akımlarla gelen sığınmacıları da kapsar. Devletin sosyal sözleşmeden kaynaklanan ülkesindeki vatandaşını koruma yükümlülüğünü, Koruma Sorumluluğuyla¹⁶ bağdaştırır ve menşe devletin sorumluluğunu uluslararası suçların ötesine yayar.

Yalnızca baskıcı rejimlere sahip menşe devletleri esas alan çalışma, mülteci üretme konusundaki sorumluluğun sadece baskıcı rejime sahip menşe devlette değil, bu devletleri destekleyen büyük devletler ve eski sömürgeci ülkelerde de olduğu bilinciyle hareket eder¹⁷. Ancak uluslararası toplumun ve diğer devletlerin sorumluluğunun varlığına ayrıntıya girmeksizin yalnızca işaret etmekle yetinir.

Çalışma, menşe devletin sorumluluğunun sonucu olarak eski hale iade yükümlülüğünü, devletin sorumluluğunda onarım yükümlülüğünün öncelikli temel şekli ve jus cogens norm ihlallerinde uygulanacak olmasıyla özellikle seçer. Eski hale iadenin bir sonucu olarak, menşe ülkeye gönüllü geri dönüşün, mültecilerin insan haklarına uygun olduğunu kabul eder. Şöyle ki; mülteciler, birkaç yıl kaldıkları sığınma ya da ev sahibi ülkelerle, uluslararası sözleşmelerle korunan özel hayat kapsamında bir duygusal bağ kurabiliyorlarsa; doğduklarından itibaren yaşadıkları ve atalarının izleri bulunan bir ülke için duygusal bağın haydi haydi geçerli olduğunu düşünür. Gönüllü geri dönüş konusunda, menşe ülkeyi birincil sorumlu tutar.

Menşe devletlerin mültecilerin geri dönüşlerine ilişkin sorumluluklarını hatırlatan bu çalışma, bu konuda Uluslararası Mülteci Hukukundaki hukuk boşluğuna da dikkat çeker. Menşe devletin sorumluluğuna gidilmesinin, mültecilerin insan hakları yanında Türkiye gibi doğrudan zarar gören sığınma devletlerine¹⁸, uzun vadede uluslararası barışa ve uluslararası kamu düzenine hizmet edebileceğini savunur.

Çalışmada, tımdengelim ve doküman analizi yöntemleri uygulanmıştır. Çalışma konusu, "Menşe Devletin Mültecilerden Kaynaklanan Sorumluluğu" ile "Eski Hale İade Yükümlülüğü ve Gönüllü Geri Dönüş İlişkisi" ana bölümlerinde incelenmiştir.

II. MENŞE DEVLETİN MÜLTECİLERDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU

Devletin sorumluluğunun özünü, Grotius'un bilinen sözü; haksız fiil yüzünden doğan zarar, doğal hukuk uyarınca giderme yükümlülüğünü doğurur¹⁹.

Uluslararası Hukuk Komisyonunun, Uluslararası Hukukun kalbi²⁰ kabul edilen devletin sorumluluğu konusunda 1949 yılında başladığı çalışmaları, 2001 yılında sonuçlanmış ve Uluslararası Haksız Fiillerden Devletin Sorumluluğu Hakkında Taslak Maddeler adıyla BM Genel Kurulunda oylama olmaksızın kabul edilmiştir. Bu Taslak Maddeler²¹, kusur, zarar ve kusurla zarar arasındaki illiyet bağı ilişkisini temel alan klasik kusur sorumluluğunu benimsemeyip; *sui generis* bir sorumluluk ilişkisini kabul etmiştir. Buna göre, devletin sorumluluğu için somut zararın doğması aranmamıştır. Uluslararası hukuk düzeni bizatihi korunmaya muhtaç bir değer olarak tanınmış ve uluslararası hukukun ihlali, zarar kabul edilmiştir²².

Taslak Maddeler, devletin sorumluluğunun doğması için yalnızca haksız fiil ve haksız fiilin devlete atfedilmesi şartlarını aramaktadır.

Daha önce de bahsedildiği gibi, Suriye'de, iç çatışmaların başladığı dönemden itibaren Türkiye, Suriye vatandaşlarının kitlesel akımlarına maruz kalmıştır. Resmi rakamlara göre dahi Suriyeli mültecilerin, %91.5'inden fazlasının Türkiye ile birlikte Suriye'nin komşusu iki ülkededir. Suriyeli mültecilerin yaklaşık %64'ü Türkiye'dedir. Bu çalışmanın Giriş bölümünde de bahsedildiği gibi Reynolds ve Vacatello'nun, 2019 yılında hazırladıkları adil yük paylaşım sistemine göre, Türkiye'nin, büyük çoğunluğunu Suriyeli mültecilerin oluşturduğu mülteci yükü, dünyadaki toplam mülteci yükünün %1,03 olması gerekirken,

¹⁵ ERTUĞRUL, Ümmühan Elçin: Uluslararası Hukukun Emredici Normlarından Doğan Yükümlülüklerin Ciddi İhlallerinden Devletin Sorumluluğu, Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., Ankara 2012, s.59-85; ERKİNER, Hakkı Hakan: Devletin Haksız Fiilinden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s.179-196; UZUN, Elif: Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık San ve Tic. A.Ş., Ankara 2016, s.107-117; PİRİM, Ceren Zeynep: Uluslararası Hukukta Devletin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu, Turhan Kitabevi, Ankara 2022, s.5.

¹⁶ A/RES/60/1, 24 October 2005,

https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_60_1.pdf, (Erişim: 10.06.2023).; A/63/677, 12 January 2009, Implementing the responsibility to protect Report of the Secretary-General, <https://www.globalr2p.org/resources/implementing-the-responsibility-to-protect-2009/>(Erişim: 10.06.2023).

¹⁷ BETTS, Alexander: Zorunlu Göç ve Küresel Politika, Çev. Seher Meltem Türkaslan, Hece Yayınları, Ankara 2017, s.28.

¹⁸ Kabul devletleri için mültecilerin geri dönüşleri, devletin kendini koruması kapsamında değerlendirilebilir. Grotius, Savaş ve Barış Hukukunda, kesin doğru olarak kabul ettiği Çiçero'nun, doğanın iki çeşit temel ilkesinden birinin, kendi varlığını korumak istediği; kendi durumuna ve bunu korumaya elverişli her şeye öncelik vermesi görüşüne yer verir. GROTIUS, Hugo: Savaş ve Barış Hukuku, Çev. Seha L. Meray, Say Yayınları, İstanbul 2011, s.37, 38.

¹⁹ GROTIUS, s.156.

²⁰ Alain Pellet, Uluslararası Hukuk Komisyonu raportörlerinden Paul Reuter'in "Sorumluluk, uluslararası hukukun kalbidir..." ifadesine atıf yapmıştır. PELLET, Alain: "The Definition of Responsibility in International Law" <https://prawo.uni.wroc.pl/sites/default/files/students-resources/PELLET%20The%20Definition%20of%20Responsibility%20in%20International%20Law.pdf>, (Erişim: 29.10.2023).

²¹ A/RES/56/83, 28 January, 2002, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/477/97/PDF/N0147797.pdf?OpenElement> (Erişim: 15.05.2023).

²² ERTUĞRUL, Uluslararası Hukukun Emredici Normlarından...s.16

%1193'tür²³. Mevcut tabloda Türkiye, Suriyeli mültecilerin kitlesel akınlarından doğrudan zarar gören ülkedir.

Öğretide, zorla yerinden edilenlerin, rakip ülkelere karşı "insan demografi bombası" olarak kullanılması²⁴ tartışması, mültecilerin sığınma devletleri açısından doğurabileceği sonuçların ciddiyetine işaret eder.

Bu başlık altında menşe devletin sorumluluğunun unsurları ve menşe devletin sorumluluğunun sonuçları incelenmiştir.

A. Menşe Devletin Sorumluluğunun Unsurları

Bölüm'ün başında da bahsedildiği gibi, sorumluluk hukukuna göre, devletin haksız fiili, o devletin sorumluluğunu doğurur. Menşe devletin, ülkesinden mülteci akınları üretmesi haksız fiildir.

Devletin Sorumluluğu Taslak Maddeleri'nden 2. sine göre, devlet tarafından icra ya da ihmal suretiyle işlenen bir davranış:

a. Devletin bir uluslararası yükümlülüğün ihlalini oluşturuyorsa ve

b. Uluslararası Hukuka göre ilgili devlete atfedilebiliyorsa,

bu davranış, o devletin uluslararası haksız fiilini oluşturur. Aşağıda, Taslak Maddeler çerçevesinde, menşe devletin uluslararası haksız fiili ve bu haksız fiilin devlete atfedilmesinden bahsedilmiştir.

1. Menşe Devletin Uluslararası Haksız Fiili

Uluslararası haksız fiil, uluslararası hukuka aykırı fiil demektir. Uluslararası haksız fiil, uluslararası andlaşmalardan, uluslararası örf-adetten, hukukun genel ilkelerinden, jus cogens normlardan ya da devletin tek taraflı işlemlerinden doğabilir.

Uluslararası yükümlülük doğuran bu kaynaklar hakkında, metin içinde tekrar etmemek için aşağıdaki şekilde kısaca bilgi verilmiştir.

Uluslararası Andlaşmalar, 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (VAHS) 1/1-a maddesinde, kendine özgü adı ne olursa olsun, bir ya da birden fazla belgede, Uluslararası Hukuka uygun, yazılı anlaşma, mutabakat olarak tanımlanmıştır. VAHS'nin 26 maddesinde, aynı zamanda örf adet kuralı olan ve Kelsen'in normlar hiyerarşisinin en üstü için kabul ettiği *pacta sunt servanda* (ahde vefa) ilkesine göre, uluslararası andlaşmaların tarafları, tarafı oldukları uluslararası andlaşma ile bağlı olacaklar ve onu iyi niyetle icra edeceklerdir²⁵.

Örf-adet kuralının iki unsuru, genel uygulama ve hukuk kuralı olduğu inancıdır²⁶. Uluslararası örf adet kuralları, uluslararası andlaşmalar ile aynı derecede bağlayıcı uluslararası hukukun kaynaklarıdır. İHEB, 1648 Vestfalya Andlaşması ile temelleri atılan devlet egemenliği ve buna bağlı Devletlerin Hakları ve Görevleri Hakkındaki Taslak Beyanname ya da MSHS hükümlerinin genel olarak uluslararası örf-adet kuralları olduğu kabul edilebilir.

Hukukun genel ilkeleri, uygar uluslarca kabul edilmiş genel hukuk ilkeleridir ve ikincil derecede uluslararası hukukun kaynağıdır²⁷.

Jus cogens normlar, uluslararası toplumun temel değerlerinden yansıyan ve onları koruyan emredici normlardır. Uluslararası Hukukun diğer kurallarından hiyerarşik olarak üsttedirler ve evrensel olarak uygulanabilirler²⁸.

Devletin tek taraflı işlemleri ise UAD'nin 1974 yılında Fransa ve Avusturya arasındaki Nükleer Denemeler Davasında²⁹ üstü örtülü olarak, uluslararası hukuk kaynağı olarak kabul edilmiştir³⁰. Devletin tek taraflı işlemleri de bağlayıcıdır.

Devletlerin Hakları ve Görevleri Hakkındaki Taslak Beyannamesinin (Devletin Görevleri Taslak Beyannamesinin) 13. maddesinde; devletlerin, andlaşmalar ve uluslararası hukukun diğer kaynaklarından doğan yükümlülüklerini iyi niyetle yerine getirmeleri, devletlerin görevleri arasında sayılmıştır³¹.

Menşe devlet olarak Suriye devletinin uluslararası yükümlülüğü, birbiriyle yarışacak ve çok yakın bağlantılı olan; hem uluslararası insan hakları normlarının kaynağı olarak hem de uluslararası örf adet kuralı olarak nitelendirilebilecek devlet egemenliği ve uluslararası insan hakları düzenlemelerinden kaynaklanmaktadır.

²³ REYNOLDS/VACATELLO, s.350-352.

²⁴ GREENHILL, Kelly M.: Weapons of Mass Migration: Forced Displacement, Coercion, and Foreign Policy (Cornell Studies in Security Affairs), Cornell University Press, Ithaca- New York, 2010; SIMEON, James C.: "Ending Forced Migration as a Weapon of War", August 15th, 2022, https://carfms.org/ending-forced-migration-as-a-weapon-of-war/#_ftnref10. (Erişim: 19.06.2023).

²⁵ KELSEN, Hans: Saf Hukuk Kuramı, Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş, Çev. Ertuğrul Uzun, Nora Kitap Vizyon Basımevi, İstanbul, 2016, s.135-137.

²⁶ ÖKTEM, Emre: Uluslararası Teamül Hukuku, Beta Basım Yayım, İstanbul 2015; MERON Theodor: Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law, Clarendon Press, Oxford 1991; MERON, Theodor: "On a Hierarchy of International Human Rights", The American Journal of International Law, 80(1), 1986, s.1-23.

²⁷ BÜYÜK, Mehmet Emin: Uluslararası Hukukta Hukukun Genel İlkeleri, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul 2018.

²⁸ Draft Conclusion on Identification and Legal Consequences of Peremptory Norms of General International Law, Report of the International Law Commission, Seventy-third Session, Chapter IV, Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens), https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/1_14_2022.pdf, (Erişim: 19.05.2023).

²⁹ International Court of Justice, Nuclear Test Case (Australia v. France), Judgment of 20 December 1974, para.43, 44, 46, 47, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/58/058-19741220-JUD-01-00-EN.pdf>, (Erişim: 19.05.2023).

³⁰ ÇAĞIRAN, Mehmet Emin: Uluslararası Hukukta Devletin Tek Taraflı İşlemleri, Barış Platin Yayınları, Ankara 2005.

³¹ Draft Declaration on Rights and Duties of States with Commentaries, 1949, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/2_1_1949.pdf, (Erişim: 19.05.2023).

Devlet, vatandaş, insan hakları ve mülteci ilişkisine değinecek olursak; bu sayılanlar arasında yakın bir ilişki olduğu görülür. Mültecilik, esasen devlet sistemi ile ilişkileri çerçevesinde tanımlanır ve devlet-vatandaş-toprak ilişkisi olmadan açıklanamaz. Mültecilik, devlet-vatandaş ya da vatandaş-toprak ilişkisinin kırıldığına göstergesidir ve devlet egemenliğinin bir manifestosudur³². Mültecilik, Mülteci Sözleşmesinde zulme uğrama korkusuyla vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunma olarak tanımlanır. Ancak, çoğun içinde az da vardır³³ hukuk ilkesi gereğince, insan haklarının, vatandaş haklarını kapsadığı konusunda şüphe yoktur. Ayrıca, insan hakları, birey ile vatandaş arasında hem uluslararası hem de ulusal hukuklardan kaynaklanan yasal bir ilişki kurar³⁴. Mülteciliği doğuran insan hakları ihlalleri açısından, vatandaş ile yabancı arasında ayırım yoktur. Bu nedenle hem sosyal sözleşmeden kaynaklanan hem de ayırım gözetmeksizin insan haklarını koruyan yükümlülük ihlallerinin her ikisi de uluslararası hukuk kuralı olup, menşee devletin sorumluluğunun kaynağıdır.

Bilindiği gibi, insan hakları, sırf insan olunması dolayısıyla sahip olunan haklardır. İnsan haklarının tanınması ve korunması, egemen yani en üstün güç olan devlet otoritesinin sınırlandırılması ile başlar. İnsan haklarının uluslararasılaşmış esaslı şekilde korunması ise BM Örgütü sayesinde olup, yirminci yüzyılın ikinci yarısının ürünüdür. Milattan önce, Çin, Yunan ve Roma medeniyetleriyle başlayan tarihsel süreci; 1215 Magna Carta, devlet anayasaları ve diğer yazılı ulusal metinlerle devam etmiştir. Milletler Cemiyeti Misakı, çocuk haklarını koruyan, köleliği yasaklayan, bu çalışmada bahsi geçecek İHEB, MSHS ve ırk ayrımcılığını yasaklayan uluslararası düzenlemeler uluslararası alanda devlet egemenliğini sınırlandırmıştır³⁵.

Deng, kökü varsayımsal toplum sözleşmelerine bağlanan devlet kavramını, egemenlik üzerinden tanımlamış ve gelişimini dört aşamada değerlendirmiştir. Bu aşamalar, devlet-insan hakları ilişkisinin de aşamalarıdır. Birinci aşama, Vestfalya Andlaşması ile başlar; bu belgeyle egemen, ülke içinde olduğu kadar dış dünya ile ilişkilerinde de üstün olan bir ulus-devlet sistemi kurar. İkinci aşama, 1945'te İkinci Dünya Savaşının sonunu takip eder; egemenin aşırı gücü, modern ulus devlet içindeki kurumlar ve demokratik değerlerin gelişimiyle insan hakları ile insani standartlara bağlı uluslararası topluma atfedilebilirliği tarafından sorgulanır. Özellikle totaliter rejimler tarafından bireyin kişiliğinin ihlali, uluslararası alanda şiddetli tepkiler uyandırır³⁶. Üçüncü aşama, 1990'da Soğuk Savaş'ın sonuyla başlar; egemenliğin mutlak olmadığı, devletlerin özellikle kendi halklarına karşı sadece belli şekilde davranmaları koşulu ile geçerli olduğu konusunda, giderek artan bir fikir birliği oluşur. Hükümetler, ikinci aşamadaki değerlere de artan önemle, ülke içindeki davranışlarına karşı uluslararası incelemeye karşı egemenliklerini baltalamaya yönelik algılanan girişimlere tepki gösterirler³⁷. Dördüncü aşamada ise hükümetlerin ve uluslararası organların, bir devletin içişlerindeki egemenliğini vatandaşlarının refahına yönelik sorumluluğuyla uzlaştırmaya yönelik çağdaş, faydacı girişimler görülür³⁸. Aşağıda, Devlet Egemenliği başlığında kısaca bahsedilecek bu durum, Koruma Sorumluluğu olarak adlandırılmıştır.

Mevcut uluslararası insan hakları rejimine baktığımızda; yeni bir dünya insan düzeni meydana gelmekte olduğu; bireyin, bütün insan hakları söyleminde merkeze oturtulduğu ve uluslararası hukukun konusu kabul edildiği; uluslararası sınırların, bariyer olarak önemini kaybettiği³⁹; ya da aksine, vatandaşlık ve milliyetlerden bağımsız bir insan hakları düşüncesinin olmadığı görüşlerine⁴⁰ bütünüyle katılmak mümkün değildir. Şüphesiz, insan haklarının, uluslararası hukukun konusu olduğu, devlet egemenliğinin en çok törpüleyen alanlar içinde yer aldığı, nihayetinde uluslararası barışın da bir unsuru olarak uluslararası toplum tarafından korunacağı bir gerçektir. Ancak bir engel olarak uluslararası sınırların önemi kaybettiği ileri sürülemeyeceği gibi insan hakları vatandaşlık ve milliyetlere bağlılığa da indirgenemez.

Yukarıda da ifade edildiği gibi, devletler hem vatandaşlarının hem de yabancıların uluslararası hukuktan doğan insan haklarını korumakla yükümlüdürler. Vatandaş hakları ile örtüşen ve onları kapsayan insan haklarını koruma yükümlülüğü hem devlet egemenliğinden hem de uluslararası insan hakları hukukundan doğmaktadır.

Lee, bir devletin, mülteci üretme hakkına sahipliği sorusunu, kesinlikle olumsuz yanıtlar. Mülteci üretmeyi, bir bütün olarak uluslararası toplumun kolektif yaptırım uygulama tepkisini hak eden, uluslararası suç kabul eder⁴¹.

³² Mültecilik, egemenlik ve devlet sisteminin önlenemez sonuçlarından kabul edilir ve mülteciliğin, Vestfalya ile ortaya çıktığı savunulur. BETTS, s.95.

³³ "In toto et pars continetur" ya da "In eo quod plus sit semper inest et minus", FELLMETH, Aaron/HORWITZ, Maurice: Guide to Latin in International Law, Oxford University Press, Oxford 2011, <https://www.oxfordreference.com/display/10.1093/acref/9780195369380.001.0001/acref-9780195369380-e-915>, (Erişim: 11.05.2023).

³⁴ BETTS, s.75,89.

³⁵ ÇAĞIRAN, Mehmet Emin: Uluslararası Alanda İnsan Hakları, Turhan Kitabevi, Ankara 2020, s.3-19; DOĞAN, İlyas: İnsan Hakları Hukuku, Astana Yayınları, Ankara 2013, s.51-60.

³⁶ DENG, Francis M.: "From 'Sovereignty as Responsibility' to the 'Responsibility to Protect'", Global Responsibility to Protect, 2, 2010, s.355-356; LÜTEN, İlhan: "Ferdin Milletlerarası Himayesi", AUHFD, 9(1), 1952, s.68-69.

³⁷ DENG, s.355-356; BETTS, s.79.

³⁸ DENG, s.355-356.

³⁹ AHMAD, Nafees: "Refugees: State Responsibility, Country of Origin and Human Rights", Asia-Pacific Journal on Human Rights and the Law, (2), 2009, s.1.

⁴⁰ Arendt'e atıfla, YILDIRIM YÜCEL, Zeynep: "Ulus Devlet, Mültecilik ve Menşee Ülkeye Geri Dönüş: Türkiye'de Yaşayan Suriyeli Mülteciler", İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2019, s.233.

⁴¹ LEE, Luke T.: "The Right to Compensation: Refugees and Countries of Asylum", The American Journal of International Law, 80(3), July 1986, s.540; Lee'nin, mülteci üretmeyi, devletin uluslararası suçu olarak görmesi insan haklarının özü itibariyle

Aşağıda, uluslararası haksız fiil kapsamında, devletin, devlet egemenliği ve insan haklarının korunmasına ilişkin uluslararası yükümlülükleri hakkında bilgi verilmiştir.

a. Devlet Egemenliği

Devletler ile onların yetki alanlarındaki kişiler arasında, uluslararası hukuka göre yasal bir ilişki vardır. Hobbes, Rousseau ve Locke'un varsayımına dayalı toplum sözleşmelerinin temelini, devletin ülkesindeki insanlar üzerindeki haklarına karşılık, onları koruma görevi oluşturur.

Vestfalya Andlaşmasıyla temelini atıldığı varsayılan devlet egemenliği, İkinci Dünya Savaşı sonrası, insan hakları ve insani değerler açısından uluslararası kurumlar ve demokratik değerler devlet egemenliğini törpülerken; 1990 sonrası, devletlerin egemenliklerini koruma yönündeki reflekslerini artırsa da hükümetlerin ülkeleri içindeki davranışları, uluslararası denetime konu edilmiş ve devletlerin egemenlik zırhı daha da incelmıştır⁴². 2001 yılında, “sorumluluk olarak egemenlik” ilkesi, Uluslararası Müdahale ve Devlet Egemenliği Komisyonu⁴³ tarafından, “Koruma Sorumluluğu” olarak adlandırılmıştır⁴⁴. Özünü, egemenin sorumluluğu fikrinin oluşturduğu Koruma Sorumluluğuna göre, devlet, ülkesindeki insan haklarının korunmasından birinci derecede sorumludur. Devletin bu sorumluluğunu yerine getirmediği, yerine getirmek istemediği ya da yerine getirmekten aciz olduğu durumlarda, devletin ülkesi içindeki insan haklarının korunması, uluslararası toplumun sorumluluğunda olacaktır. Burada uluslararası toplumun sorumluluğu “tamamlayıcı koruma” sağlamakla ve yardım etmekle sınırlıdır⁴⁵.

Şunu belirtmek gerekir ki, Uluslararası Hukuk tarafından devletlere tanınan ve yine uluslararası hukuk tarafından sınırlandırılan egemenlik, ulusal nüfusun adalet ve genel refah ihtiyaçlarına cevap veren bir hukuk ve düzen sistemini ifade etmiş, egemen gücü yalnızca vatandaşlarını korumak değil refahlarını da sağlamakla yükümlü hale getirmiştir⁴⁶. Devlet egemenliğinin getirdiği yükümlülük, karşılaşılan gerçeklikler ile hukuk dinamikliği içinde yeniden şekillenmektedir. Suriye örneği üzerinden konuya dönecek olursak; günümüzde meydana gelen silahlı çatışmaların çok büyük bölümü ülke içinde gerçekleşmekte,⁴⁷ daha sonra uluslararasılaşmaktadır. Münkler'in tabiriyle günümüz “yeni savaşlar”ı, uluslararası olmayan nitelikte ve uzun sürelidir⁴⁸. Simeon, uzun süreli silahlı çatışma ve zorla yerinden edilmeyi eş anlamlı kabul eder⁴⁹. Bu nedenle devlet egemenliği, devletlerin ülkelerindeki iç silahlı çatışmaları, önleme, yönetme ve çözme yükümlüğünü de beraberinde getirir. Nihayetinde devletler, silahlı çatışmaları önleme yükümlülüğünün de bir sonucu olarak, çeşitlilikleri yönetmek; refah ve hizmetin eşit dağılımını sağlamak; kalkınma fırsatları yaratmak; barış, güvenlik ve istikrar için evrensel ve bölgesel düzenlemelere etkin şekilde katılmak yükümlülüğü altındadırlar. Yine benzer şekilde, devletler egemenliklerinin bir eseri olarak, insan haklarını ciddi şekilde ihlal eden ve mülteci üreten silahlı çatışmaları sonlandırmak ve insan hakları koruma görevini en kısa zamanda yerine getirmekle de yükümlüdürler⁵⁰. Kısaca, devletler, vatandaşlarının mülteciye dönüşmesinden kaçınmak zorundadırlar⁵¹. Bu devlet egemenliğinden kaynaklanan bir yükümlülüktür.

Bu iddiamıza ek olarak, Devletin Görevleri Taslak Beyanname'si 6. maddesine göre, her devlet yargı yetkisi altında bulunan herkese ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı yapmaksızın insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygılı davranmakla yükümlüdür⁵². Ayrıca, bu Taslak Beyanname'nin 7. maddesinde,

korunmasının ciddi ihlali kapsamında değerlendirilebilir. Ayrıntılı bilgi için; International Crimes of State: A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility, Ed. Joseph H. Weiler, Antonio Cassese ve Marina Spinedi, Walter de Gruyter, Berlin – New York, 1989; ERTUĞRUL, Uluslararası Hukukun Emredici Normlarından..., s.106-111, 120-136.

⁴² Deng, Vestfalya ile başlattığı, 2. Dünya Savaşı ve 1990 sonrası ile devam ettiği devlet egemenliği kavramında dördüncü aşamayı, uluslararası kurumlar ve yabancı hükümetlerin, devletin vatandaşlarına yardım ve refahını sağlama gibi içişlerine ilişkin konulardaki egemenliğine tesiri olarak kabul eder. DENG, s.356.

⁴³ Uluslararası Müdahale ve Devlet Egemenliği Komisyonu (ICISS), devletlerin başka devletlerde risk altında olan halkı korumak amacıyla kurulan bir komisyondur. 1990'larda, özellikle Srebrenika ve Ruanda başta olmak üzere uluslararası toplumda görülen acil insani krizlere cevap bulmak amacıyla Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri Kofi Annan'ın tarafından yapılan çağrıya yanıt olarak büyük kuruluşlarla birlikte Kanada hükümeti tarafından oluşturulmuştur. BROCK, Gillian “International Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS)” Encyclopedia of Global Justice, Deen K. Chatterjee, Springer Link, 2011, s.542-544, [https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007/978-1-4020-9160-5_7#:~:text=International%20Commission%20on%20Intervention%20and%20State%20Sovereignty%20\(ICISS\),-Gillian%20Brock&text=The%20International%20Commission%20on%20Intervention,at%20risk%20in%20another%20state,\(Erişim: 29.10.2023\).](https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007/978-1-4020-9160-5_7#:~:text=International%20Commission%20on%20Intervention%20and%20State%20Sovereignty%20(ICISS),-Gillian%20Brock&text=The%20International%20Commission%20on%20Intervention,at%20risk%20in%20another%20state,(Erişim: 29.10.2023).)

⁴⁴ DENG, s.368.

⁴⁵ DENG, s.354; Koruma Sorumluluğu, devlet içindeki ciddi insan hakkı ihlalleri ile ilgili olarak, uluslararası toplumun “önleme”, “reaksiyon” ve “yeniden inşa” yükümlülüklerini içerir. Reaksiyon yükümlülüğü, BM Andlaşmasının 7. Bölümü çerçevesinde askeri kuvvet kullanılmasıdır. Acik uygulamada, askeri müdahalenin, mümkün olabilen nesnel ölçütlere dahi uyulmadan yapılması; yeniden inşanın insan haklarını koruma amacının ötesine taşınması, Koruma Sorumluluğunun hukukiliğini ve meşruiyetini sorgulatar hale gelmiştir. ERTUĞRUL, Ümmühan Elçin: “Koruma Sorumluluğu: İnsani Müdahaleyi Makyajlamak”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XX(2), Nisan 2016, s.421-450.

⁴⁶ DENG, s.354, 366.

⁴⁷ 1995-2005 tarihleri arasında meydana gelen silahlı çatışmaların %95'inin ülke içinde gerçekleştiği tespit edilmiştir. TAŞDEMİR, Fatma: Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s.5.

⁴⁸ MÜNKLER, s.30-32.

⁴⁹ SIMEON, https://carfms.org/ending-forced-migration-as-a-weapon-of-war/#_ftnref10.

⁵⁰ DENG, s.367.

⁵¹ LEE, s.538.

⁵² Bu koruma, fiziksel güvenlik, yiyecek, barınak, tıbbi bakım, iş ve aile bütünlüğü gibi temel düzeyde gerekliliklerdir.

Draft Declaration on Rights and Duties of States with Commentaries; DENG, s.357, 358.

devletin, topraklarında hüküm süren koşulların uluslararası barış ve düzeni tehdit etmemesini sağlama görevi de açıkça düzenlenmiştir⁵³.

1933 tarihli Devletlerin Hakları ve Görevleri Hakkındaki Montevideo Sözleşmesinin 1. maddesinde, daimî nüfus, tanımlanmış ülke, hükümet ve diğer devletlerle ilişki kurma yeteneğine sahiplik özellikleri devletin unsurları olarak tanımlanmıştır⁵⁴. Bu nitelikler itibarıyla, Suriye'nin bir devlet olduğu konusunda şüphe yoktur. Suriye, 24 Ekim 1945 yılından bu yana BM üyesidir. 1958 yılında Mısır ile Birleşik Arap Cumhuriyeti adı altında birleştiği ve 13 Ekim 1961 yılında bağımsız devlet statüsünü yeniden kazandığında da BM üyeliği kesintisiz devam etmiştir⁵⁵.

Mültecilik, devlet ile vatandaşı arasındaki bağı koparsa ve devletin ahlaka, hukuka uygunluğunu ve siyasi meşruiyetini kaybettirse⁵⁶ dahi devlet olarak yükümlülüğü devam etmektedir. Ayrıca menşe yapının sorumluluğu açısından, Uluslararası İnsancıl Hukuku ihlal eden isyancıların sorumluluğu ya da devletin sorumluluğuna ilişkin Taslak Maddeler'den 10.sunda düzenlenen isyan hareketi ya da benzerlerinin davranışları ile kabaca kıyas yoluna gidilebilir⁵⁷.

b. İnsan Haklarının Korunması

İnsan haklarının geniş anlamda korunması, devlet egemenliğinin doğurduğu bir yükümlülük yanında uluslararası barış ve güvenliğin en temel etmenlerindedir. BM Andlaşması, İHEB ve MSHS gibi uluslararası belgelerde insanların herhangi bir ayırım gözetmeksizin sahip olduğu haklar ve görevler düzenlenmiştir.

Aşağıda, İHEB, BM Andlaşması, MSHS'nin bazı hükümlerine yer verilmiştir.

Mülteci haline getirilen bir kişinin, İHEB'deki şu sayılan hakları başta olmak üzere, gerçekte bütün insan hakları ihlal edilir. 3. maddesinde düzenlenen, yaşam, hürriyet ve kişi emniyeti hakkı; 23. maddesinde düzenlenen, çalışma ve sendika kurma hakkı; 26. maddesinde düzenlenen, öğrenim ve eğitim hakkı; 9. maddesinde düzenlenen, keyfi tutuklanmama hakkı; 13. maddesinde düzenlenen, herhangi bir devletin sınırları dahilinde serbestçe dolaşma ve yerleşme hakkı, memleketi terk etme ve memleketine dönme hakkı; 14 maddesinde düzenlenen, mülteci olarak sığınma hakkı; 15. maddesinde düzenlenen, uyrukluk hakkı; 16 maddesinde düzenlenen, evlenme hakkı; 17. maddesinde düzenlenen, mal, mülk edinme hakkı; 22. maddesinde düzenlenen sosyal güvenlik hakkı; 2. maddesinde düzenlenen, ayrımcılık yasağı; 1. maddesinde düzenlenen, insan onuru; 7. maddesinde düzenlenen, hukuk önünde eşitlik hakkı; 19. maddesinde düzenlenen, görüş ve ifade hürriyeti; 20. maddesinde düzenlenen, barışçıl toplanma ve dernek kurma özgürlüğü; 21. maddesinde düzenlenen, kamu hizmeti ve yönetime katılma hakkı açıkça ihlal edilmiştir⁵⁸.

Bilindiği gibi İHEB, BM Genel Kurul kararıdır ve tavsiye niteliğindedir. Ancak İHEB hükümlerinin, pek çok devletin anayasalarında doğrudan hüküm olarak yer alması ya da gönderme yapılması; ulusal ve uluslararası düzeyde insan hakları belgelerine ya da mahkeme kararlarına kaynaklık etmesi; BM Genel Kurulu ve BM İnsan Hakları Komisyon ve Konseylerinde İHEB'nin bütün devletler tarafından uygulanabilirliği ve onları bağladığı görüşü; çoğu hükmünün uluslararası örf-adetin bir parçası olması ya da jus cogens norm kabul edilmesi İHEB'ye bağlayıcılık etkisi kazandırmıştır⁵⁹.

BM Andlaşmasının, 1/3 maddesinde; ekonomik, sosyal, kültürel ve insancıl nitelikteki sorunları çözmeye ve ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygının geliştirilip güçlendirilmesinde iş birliği sağlamak, BM'nin amaçları arasında sayılmıştır.

BM Andlaşmasının, 13/1-b maddesinde; ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan haklarından ve temel özgürlüklerden yararlanmasını kolaylaştırmak için önayak olması ve bu amaçla tavsiyelerde bulunması BM Genel Kurulunun görev ve yetkileri arasında belirtilmiştir.

BM Andlaşması 55/c maddesinde; ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine bütün dünyada etkin biçimde saygı gösterilmesini kolaylaştırmak; BM örgütünün, uluslar arasında barışçı ve dostça ilişkiler kurmak, BM'nin ekonomik ve sosyal iş birliğini sağlamak hedefinin unsuru olarak düzenlenmiştir.

BM Andlaşması 56 maddesinde; 55. maddede belirtilen amaçlara ulaşmak için, BM üyesi devletlerin ayrı ayrı ya da örgütle iş birliği içinde hareket etmeyi yükümlenecekleri düzenlenmiştir. Bu maddedeki "yükümlenirler -pledge-" ifadesi, uluslararası hukuki yükümlülüğe işaret etmektedir. Söz konusu durum,

⁵³ Draft Declaration on Rights and Duties of States with Commentaries.

⁵⁴ Montevideo Convention on the Rights and Duties of States, 26 December 1933, <https://www.ilsa.org/Jessup/Jessup15/Montevideo%20Convention.pdf> (Erişim: 18.06.2023).

⁵⁵ <https://www.un.org/en/about-us/member-states/syrian-arab-republic#:~:text=Egypt%20and%20Syria%20were%20original,Nations%20from%202024%20October%201945>, (Erişim: 10.05.2023)

⁵⁶ BRADLEY, Megan: "The Conditions of Just Return: State Responsibility and Restitution for Refugees", RSC Working Paper, (21), March 2005, s.4-8.

⁵⁷ Devletin sorumluluğuna ilişkin Taslak Maddeler'in 10.suna göre, devlet isyancıların fiillerinden sorumludur. İsyan hareketinin yeni bir devlet kurma başarısına ulaştığı durumlarda ise sorumluluk yeni kurulan devletin olacaktır.

⁵⁸ LEE, s.538-539.

⁵⁹ GEMALMAZ, Mehmet Semih: Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Cilt 1, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 8. Baskı, Legal Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti, İstanbul 2012, s.59-69; Örneğin, İHEB'nin 4. maddesinde düzenlenen işkence yasağı, 5. maddesinde düzenlenen kölelik kulluk yasağı, Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından 2022 yılında kabul edilen ve BM Genel Kuruluna sunulan, Jus Cogens Normların Belirlenmesi ve Hukuki Sonuçlarına İlişkin Taslak 23. Sonuç'ta jus cogens norm olarak tekrar edilmiştir. Draft Conclusion on Identification and Legal Consequences of Peremptory Norms of General International Law.

UAD'nin 1971 tarihli Namibya ile ilgili danışma görüşünde de “temel insan haklarının inkarının, BM amaç ve ilkelerinin açık ihlali” olduğundan bahisle doğrulanmıştır⁶⁰.

MSSH'nin 2. maddesinde; Sözleşmeye taraf her devletin, kendi ülkesinde yaşayan ve yetkisi altında bulunan bütün bireylere ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da başka bir statü bakımından hiçbir ayırım gözetmeksizin Sözleşme'de tanınan hakları sağlamak ve bu haklara saygı göstermekle yükümlü olduğu belirtilmiştir⁶¹.

MSSH'nin 12/1 maddesinde; yasal olarak bir devletin ülkesinde bulunan herkesin, o ülke içinde özgürce hareket etme hakkına ve ikametgahını seçme özgürlüğüne sahip olduğu; 12/4 maddesinde; hiç kimsenin kendi ülkesine girme hakkından keyfi olarak yoksun bırakılamayacağı düzenlenmiştir⁶². Suriye, MSSH'nin toplantılarına katılmış ancak imzalamamıştır⁶³. MSSH her ne kadar uluslararası anlaşma olup ve onu imzalayanlar için bağlayıcı olsa da pek çok hükmü uluslararası evrensel örf-adet kuralıdır⁶⁴. Suriye'nin, kendisini evrensel nitelikli örf-adet kurallarıyla bağlı olmaktan kurtaracak şekilde MSSH'ye ısrarlı itirazı görülmemiştir.

2. Uluslararası Haksız Fiilin Menşe Devlete Atfedilmesi

Devletin sorumluluğuna ilişkin Taslak Maddeler, 4-12. maddeler arasında, bir davranışın devlete atfedilmesi düzenlenmiştir. Buna göre, devlet organlarının davranışları; kamu gücü yetkilerini kullanırken bir kişi ya da birimin davranışı; bir devlet tarafından bir başka devletin emrine verilmiş bir organın davranışı; yetki aşımı ve talimatlara aykırı davranışlar; devletin yönlendirmesi ya da denetimi altındayken yapılan davranışlar; resmi otoritelerin yokluğu ya da yetersizliği durumundaki davranışlar; bir isyan hareketi ya da benzerinin davranışları ve devlet tarafından kendisinin olarak tanınan ve benimsenen davranışlar başlıkları altında, belirtilen durumlarda işlenen uluslararası hukuku ihlal eden davranışlar, devletin haksız fiili olarak kabul edilecektir.

Mevcut Suriye'den gelen kitlesel mülteci akınlarının devlet egemenliği ya da uluslararası hukuktan doğan diğer insan haklarına ilişkin ihlallerinin Suriye devletine atfedileceği konusunda şüphe yoktur.

B. Menşe Devletin Sorumluluğunun Sonuçları

Devletin sorumluluğuna ilişkin Taslak Maddeler, 28-40. maddeler arasında uluslararası haksız fiilin hukuki sonuçları, zararın onarımı ve onarım şekilleri düzenlenmiştir. Buna göre, uluslararası haksız fiilin hukuki sonuçları;

- yükümlülüğü yerine getirme ödevinin devam etmesi,
- haksız fiile son vermek ve tekrar etmemek ve
- onarımdır.

Onarım yükümlülüğü ise müştereken ya da müstakilen;

- eski hale iade,
 - tazminat ve
 - tatmin/tarziye
- şeklinde.

Devletin sorumluluğuna ilişkin Taslak Maddeler, 40 ve 41. maddelerde, uluslararası hukukun emredici normlarından kaynaklanan yükümlülüklerin ciddi ihlallerinden sorumluluk düzenlenmiştir. Bu tür ihlal durumlarında, menşe devlet yanında uluslararası topluma da yükümlülük yüklenmiştir. Buna göre, uluslararası toplum, emredici normlardan kaynaklanan yükümlülüklerin ciddi ihlallerine son vermek için iş birliği yapmak; ciddi ihlalden doğan durumu hukuka uygun olarak kabul etmemek ve durumun sürdürülmesi için yardım ve yataklık etmemekle yükümlüdür⁶⁵. Uluslararası toplum için benzer düzenleme, Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından 2022 yılında kabul edilen ve BM Genel Kuruluna sunulan, Jus Cogens Normların Belirlenmesi ve Hukuki Sonuçları, 19. maddede⁶⁶ de düzenlenmiştir. Haksız fiili işleyen devlet açısından, ihlal edilen normun jus cogens ya da uluslararası hukukun sıradan normu olması açısından fark yoktur. Her iki durumda da uluslararası haksız fiil işleyen devlet, haksız fiilinden sorumludur.

⁶⁰ LEE, s.541; International Court of Justice, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970) Advisory Opinion of 21 June 1971, para.131, Sijthoff, 1960, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/53/053-19710621-ADV-01-00-EN.pdf>, (Erişim: 10.07.2023).

⁶¹ International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966, General Assembly Resolution 2200A (XXI), <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>; <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c016/tbmm22016089ss0150.pdf>, (Erişim: 19.05.2023).

⁶² TOMUSCHAT, Christian: “State Responsibility and the Country of Origin”, The Problem of Refugees in the Light of Contemporary Law Issues, Ed. Vera Gowlland-Debbas, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, Papers presented at the Colloquium organized by the Graduate Institute of International Studies in collaboration with the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, Geneva, 26 and 27 May, 1994, <https://www.unhcr.org/sites/default/files/legacy-pdf/4ca348026.pdf>, (Erişim:10.05.2023).

⁶³ https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?chapter=4&clang=_en&mtdsg_no=IV-4&src=IND#EndDec, (Erişim:10.05.2023).

⁶⁴ İHEB, MSSH'ye de kaynaklık etmektedir. Örneğin, İHEB'de düzenlenen uluslararası örf-adet ve jus cogens norm olarak kabul edilen işkence yasağı MSSH'nin 7. maddesinde; kölelik kulluk yasağı 8. maddesinde düzenlenmiştir.

⁶⁵ ERTUĞRUL, Uluslararası Hukukun Emredici Normlarından...s.59-85; ERKİNER, s.179-196; UZUN, s.107-117.

⁶⁶ Draft Conclusion on Identification and Legal Consequences of Peremptory Norms of General International Law, s.15.

Daha önce de ifade edildiği gibi Grotius, haksız fiilin giderilmesini doğal hukukun bir sonucu olarak görmüştür⁶⁷.

Uluslararası Daimî Adalet Divanı (UDAD), 1927 tarihli Chorzow Davasında, bir taahhüdün ihlalinin uygun biçimde onarma yükümlülüğünü gerektirdiğinin Uluslararası Hukukun bir ilkesi olduğunu ifade etmiştir⁶⁸.

Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşmenin⁶⁹ (Irk Ayrımcılığı Yasağı Sözleşmesi) 5. maddesinde; devletlerin, bireylere, birey gruplarına ya da kurumlara karşı ırk ayrımcılığı yapmama ve ulusal ya da yerel makamlar ile tüm kamu kurumlarının ırk, renk ya da ulusal veya etnik köken ayrımı yapmaksızın belli hakları garanti altına alma yükümlülüğünden bahsedilmiştir. Bunlar arasında, hükümet görevlileri veya herhangi bir kurum kaynaklı şiddete karşı, bireylere devlet koruması sağlanması da vardır.

2005 yılında BM Genel Kurulu, Uluslararası İnsani Hukukun Ciddi İhlallerinin ve Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Ağır İhlallerinin Mağdurlarına Çözüm ve Giderim Hakkına İlişkin Kılavuz ve Temel İlkeler’ de⁷⁰ Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun ağır ihlallerinden ve onların sonuçlarının giderilmesinden devletler sorumlu tutulmuştur.

Her ne kadar Irk Ayrımcılığı Yasağı Sözleşmesindeki gibi benzer düzenlemelere rastlansa ya da yukarıda bahsi geçen BM Genel Kurul kararındaki gibi devletlerin insan haklarının ağır ihlallerinin mağdurlarına çözüm ve onarım haklarına ilişkin tavsiye kararlar olsa da çoğu zaman devletler, insan hakları sözleşmelerinin ihlalleri durumunda meydana gelecek hukuki sonuçlar konusunda sessizdir. Genel kabul, devletlerin resmi taahhütlerini yerine getirmeleri gerektiğidir⁷¹. İnsan haklarının korunması gibi yaptırım mekanizmalarının zayıf işlediği taahhütlerinden sıkça kaçınılmaktadır. Kaldı ki, mülteci üreten devletlerin bundan dolayı sorumluluklarına ilişkin herhangi bir düzenleme yoktur.

Teorik olarak, koruma sorumluluğuna alternatif gerekçeyle ama kısmen aynı yöntemle, BM Güvenlik Konseyi kararıyla menşe devlet sorumlu tutulup, sorumluluklarını yerine getirmeye zorlanabilir. Bilindiği gibi, BM Andlaşmasının 24. maddesine göre, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunmasından birincil sorumlu organdır. BM Andlaşması 7. Bölümü çerçevesinde, uluslararası barış ve güvenliğin bozulduğunu tespit edip, kuvvet kullanımını gerektiren ya da gerektirmeyen tedbirler alabilir. Bu kapsamda alınan tedbirler, kitlesel akınların durdurulmasına hizmet edebilir. Uygulamada Iraklı Kürtler haricinde, kitlesel akınların uluslararası barış ve güvenliği bozulduğuna ilişkin karar alınmamıştır. Nafees Ahmad, 17 Mayıs 1997 tarihinde, Ruanda için alınan 918 (1994) sayılı, komşu ülkelere kitlesel akınların ciddi şekilde insani kriz oluşturduğuna işaret etmekten öteye geçmeyen kararın, ihtiyatlı diline dikkat çekmiştir⁷².

III. ESKİ HALE İADE YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE MÜLTECİLERİN MENŞE ÜLKEYE GERİ DÖNÜŞ İLİŞKİSİ

Devletin sorumluluğuna ilişkin Taslak Maddeler’in 35.sinde, onarım sonuçlarından eski hale iade düzenlenmiştir. Buna göre;

“Uluslararası nitelikteki bir haksız fiilin sorumlusu devlet, eski hale iade etmekle yani haksız fiil işlenmeden önce var olan durumu yeniden tesis etmekle aşağıdaki koşullar sağlandığı takdirde ve ölçüde yükümlüdür.

a. Maddi olarak imkânsız değilse,

b. Eski hale iade ile ortaya çıkan fayda, tazminata kıyasla orantısız bir yük oluşturmuyorsa.”

Taslak Maddeler’in yorumunda, eski hale iadede, hukuka aykırı bir fiilden zarar gören bir devletin yükümlü olduğu onarım şekillerinden ilki olarak bahsedilir⁷³. UAD Statüsü’nün 38. maddesindeki düzenlemeden yola çıkılarak, Uluslararası Hukukun kaynaklarından uluslararası andlaşmalar ve uluslararası örf-adetin hangisinin öncelikli uygulanacağı tartışmasındaki iddialardan da hatırlanacağı üzere, uluslararası metinlerde kavramların yazılış sıraları önemlidir. Taslak Maddeler’de eski hale iade, diğer onarım şekilleri olan tazminat ve tatminden önce yazılmıştır. 35. maddede, diğer onarım şekillerinin uygulanması, eski hale iadenin uygulanmasının maddi olarak imkânsız olması ve uygulanmasının oransız bir yük içermesi şartına bağlanmıştır. Eski hale iadenin diğer onarım şekillerine kıyasla önceliğini, UDAD Chorzow Davasında, eski hale iadenin “imkânsızlığı”nı vurgulayarak altını çizmiştir. Öte yandan, emredici norm ihlallerinde, eski hale iade öncelikle uygulanacak onarım şeklidir⁷⁴.

Eski hale iadenin tek tip bir tanımı yoktur. Bir tanıma göre, haksız fiil meydana gelmeden önceki durumun yeniden tesis edilmesidir. Bir başka tanım ise haksız fiil meydana gelmemiş olsaydı var olacak

⁶⁷ GROTIUS, s.156.

⁶⁸ Case Concerning the Factory at Chorzow, (Claim for Indemnity, July 26th, 1927, Collection of Judgments, Series A, No:9, s.21, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_09/28_Usine_de_Chorzow_Compence_Arret.pdf, (Erişim: 10.05.2023).

⁶⁹ International Convention on the Elimination of All Forms of the Racial Discrimination, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20660/volume-660-I-9464-English.pdf>, (Erişim: 10.07.2023).

⁷⁰ A/RES/60/147, 16 December 2005, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/2021-08/N0549642.pdf>, (Erişim: 19.05.2023).

⁷¹ TOMUSCHAT, <https://www.unhcr.org/sites/default/files/legacy-pdf/4ca348026.pdf>.

⁷² AHMAD, s.19.

⁷³ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries, Yearbook of the International Law Commission, Vol II, Part Two, 2001, s.96.https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, (Erişim: 09.05.2023).

⁷⁴ Case Concerning the Factory at Chorzow, s.10; Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries, s.97.

durumun tesisi veya yeniden kurulmasıdır ki, bu tanım esasen onarımın diğer unsurları olan tazminat ve tatmini de eski hale iade kavramına dahil eder. Bu ikinci tanım, “haksız fiilin meydana gelmemiş olma” varsayımsal durumunu göz önünde tutar⁷⁵. Taslak Maddeler’in yorumunda, 35. maddede, bahsi geçen varsayımsal durumu soruşturmamak için dar tanımı benimsemesine rağmen devletin sorumluluğunun genel ilkeleri yani haksız fiilin hukuki ve maddi sonuçlarının ortadan kaldırılması, haksız fiil işlenmemiş olsaydı, var olacak olan durumun yeniden kurulmasıyla yakın bağlantılı olduğu açıkça belirtilmiştir⁷⁶. Ayrıca, Taslak 31. madde, uluslararası haksız fiilin doğurduğu zararın “tam onarımından -full reparation-” bahseder. Bu nedenle, her zaman, eski hale iade ile diğer onarım şekillerinin birlikte uygulanması mümkündür.

Eski hale iade, sadece mülteciler için değil insan haklarının ciddi ihlallerinin bütün kurbanları için hukuki bir yükümlülüktür. Eski hale iadenin amacı, devletin yanlış davranışlarının maddi ve manevi yönleriyle bütün sonuçlarını mümkün olduğu ölçüde ortadan kaldırmaktır. İnsan hakları ve insancıl hukuk ihlalleri, doğası gereği onarılamaz ve herhangi bir telafi, özellikle ihlaller çok büyük ölçekte işlendiğinde, verilen zararın ciddiyeti ile orantılı olmayacaktır. Lee, Tomuschat ve Nafees gibi yazarlar menşe devletin tazminat yükümlülüğü üzerine odaklanırlar⁷⁷. Ancak, insan acılarını tazminatla onarmaya çalışmak, onların acılarına parasal değer biçmek anlamına gelir ki, insan onuruyla bağdaşmaz.

Mülteciler açısından menşe ülkeye geri dönüş, insan hakları açısından en ideal kalıcı çözüm şeklidir. Geri dönüş hakkı, devletin vatandaşlarına karşı devam eden sorumluluklarını vurgular⁷⁸.

Menşe devlet, toplum sözleşmesi yarınca, menşe devletin mültecilere adil geri dönüş koşullarını yaratarak, mültecilerin menşe ülkelerine geri dönüşlerini sağlamakla sorumludur⁷⁹. Eski hale iade, menşe devlet ile mülteciler arasındaki kırılan ilişkiyi tamire, meşruiyetini yeniden kazanmasına yöneliktir⁸⁰. Mültecilerin ülkelerine dönmek isteyecekleri varsayımına dayanan, güvenli ve onurlu olması gerekliliklerini içeren gönüllü geri dönüş, sığınmacı devletler ve uluslararası toplum tarafından en uygun kalıcı çözüm yolu olarak kabul edilir⁸¹.

Bahsedildiği gibi, eski hale iade, bir yükümlülüğün yerine getirilmesidir. Ayrıca, büyük ölçekli çatışma sonrası geri dönüş durumlarında eski hale iade, barış inşası sürecinin bir parçasıdır. Bu nedenle, sadece menşe devletin takdirine bırakılmasını değil, geri dönenler için uygulanabilir bir hak olmasını sağlayacak mekanizmaların geliştirilmesi de önemlidir⁸².

Elbette ki, eski halin iadesi, maddi, manevi, hukuki boyutları içermelidir. Bunlar, uluslararası toplum tarafından da desteklenecek, menşe devletin, mülteci yaratma sorumluluğunu ve mülteci acılarını kabul etmesi, özür dilemesi, geri dönen mülteciler için bir adalet duygusu ve devlete yeniden güven isteği yaratması; toprak veya mülkün iadesi; bazı hukuki işlemlerin iptali veya menşe devletin hukuk sisteminde veya sığınma devletiyle ilişkilerinde hukuki durumun değiştirilmesi; anayasal hükümlerin, idari ya da yargısal tedbirlerin iptali; insan hakları için hesap verilebilirlik; mülteciliğin özel ihtiyaçlarında uzlaşma; mağdurların haklarının ve onurlarını geri kazandırılması; geçmişle ilgili adaleti tesis edecek ve hukukun üstünlüğünü sağlayacak, insanların ulusal kurumlara güvenini sağlayacak yargılamalar; devlet kurumlarının reformu ve geri dönenlere devletin reform yaptığına dair güvenceler; geri dönenleri, onları kaçmaya zorlayan suçların kovuşturulmasına dahil etmek gibi seçenekler tek başlarına ya da birlikte olabilir⁸³.

Ancak, yüzleşilen gerçekliklerden biri de şudur ki; gelişmiş ülkelerden daha az gelişmiş ülkelere geri dönüşler uygulamada çok sık görülmez. Geri dönüşlerin üç temel şartı; gönüllülük, güvenlik ve sürdürülebilirliktir⁸⁴. Suriye gibi kendi içinde silahlı gruplarla çatışma içinde olan bir devletin, geri dönmek isteyenleri güvenlik problemi olarak kabul edeceği ve engellemeye çalışacağı uzak ihtimal değildir⁸⁵. Deneyimler, menşe devletin geri dönenlere karşı sorumluluklarını belirlemenin ve bu görevlerin yerine getirilmesini sağlamanın güvenli, sürdürülebilir bir geri dönüş sürecinin ve istikrarlı bir siyasi geleceğin ayrılmaz bir parçası olduğunu göstermektedir⁸⁶. Geri dönüş koşulları tesis edilirse, daha fazla sayıda mültecinin gönüllü olarak geri dönme seçimini yapması muhtemeldir ve böylece zor bir sorun olan zorla ülkelerine geri gönderilmenin önüne geçilmiş olur. Ayrıca devletler, uluslararası hukuk ve uluslararası insan hakları hukukuna göre, geri dönüş hakkını kullanan vatandaşlarını kabul etmekle yükümlüdürler⁸⁷.

⁷⁵ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries, s.96.

⁷⁶ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries, s.96.

⁷⁷ TOMUSCHAT, <https://www.unhcr.org/sites/default/files/legacy-pdf/4ca348026.pdf>; LEE, s.532-567; AHMAD, s.1-22.

⁷⁸ BRADLEY, s.6.

⁷⁹ BRADLEY, s.4-8.

⁸⁰ BRADLEY, s.2.

⁸¹ Executive Committee of the High Commissioner’s Programme, Voluntary Repatriation No. 18(XXXI)- 1980, 16 October 1980, No. 18(XXXI), <https://www.refworld.org/docid/3ae68c6e8.html>, (Erişim: 08.05.2023); YILDIRIM YÜCEL, s.198.

⁸² BRADLEY, s.10.

⁸³ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries, s.97, 98; BRADLEY, s.8-14, 16, 17

⁸⁴ IOM’s Policy on the Full Spectrum of Return, Readmission and Reintegration, International Organization for Migration (IOM), <https://www.iom.int/sites/g/files/tmzbd1486/files/documents/ioms-policy-full-spectrum-of-return-readmission-and-reintegration.pdf> (Erişim: 06.06.2023); BUZ, Sema/KORÇ, Sema: “Mültecilere Yönelik Kalıcı Çözümlerden Biri Olarak Gönüllü Geri Dönüş”, Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi, 21(50), Ocak-Mart 2021, s.198.

⁸⁵ İÇDUYGU Ahmet/AYASLI, Enes: “Geri Dönüş Siyaseti: Suriyeli Mültecilerin Dönüş Göçü İhtimali ve Gelecek Senaryoları” Mirekoc Çalışma Notları, 4/2019, s.5.

⁸⁶ BRADLEY, s.2.

⁸⁷ BUZ/KORÇ, s.215.

Mültecilerin, menşe ülkelerine geri dönüşleriyle ilgili sığınma devletleri ve uluslararası toplumun tepkisi hakkında kısa bilgi verecek olursak: Devletler, bir başka devletten gelen mültecilere koruma sağlamaya karar verdiklerinde, zaten sınırlı olan kaynaklarını vatandaşları aleyhine daha da sınırlandırmış olurlar⁸⁸. Türkiye açısından da bu durum şüphesiz gerçektir. Devletler, kendilerini mülteci kaynağı haline getirmemekle yükümlüdürler. Devletlerin bu yükümlülüklerini yerine getirmemeleri sonucunda, mültecileri kabul eden ev sahibi devletler, kitlesel akınlardan mevcut uluslararası mülteci rejimi çerçevesinde doğrudan etkilenmektedirler. Her ne kadar hukuki metinlerde mülteci yükünün paylaşılması konusunda devletlerin iş birliği ya da ortak çaba yükümlülüklerine vurgu yapılmış⁸⁹ olsa da uygulamada mülteci yüklerinin paylaşılmadığı mültecilerin ilk sığınma ülkesinde kalmalarının istendiği açıktır.

İçduygu ve Ayaşlı, Türkiye'deki Suriyeliler ile ilgili olarak, Türkiye'deki Suriyelilerin %96'dan fazlasının ülkenin her köşesindeki kentlere dağıldıklarından, yıllardır kendiliğinden bir entegrasyon süreci içinde olduklarından bahseder⁹⁰.

Daha önce de ifade edildiği gibi, devletin uluslararası haksız fiilden sorumluluğunda zarar, sorumluluğun bir unsuru olmasa da kabul devletlerinin kitlesel mülteci akınlardan doğrudan zarar gördüğü açıktır. Doğrudan zarar gören devlet, Taslak Maddeler'in 42. sine göre, haksız fiil işleyen devletin sorumluluğunu başlatabilir. Buna göre;

“Bir Devlet, mağdur devlet sıfatıyla, başka bir devletin sorumluluğuna, ihlal edilen yükümlülük şayet:

(a) Bu devlete karşı bireysel olarak borç oluşturuyor ise; ya da

(b) Kendisinin bir parçası olduğu bir grup devlete karşı ya da uluslararası toplumun bütününe karşı borç oluşturuyor ise ve şayet yükümlülüğün ihlali:

(i) özellikle bu devleti etkiliyorsa; ya da

(ii) niteliği uyarınca, yükümlülüğün bir sonraki uygulamasının kendilerine karşı yükümlülük oluşturduğu diğer bütün devletlerin durumunu esaslı olarak değiştiriyorsa başvurabilir.”

Dolayısıyla Türkiye'nin, Suriye'den gelen mültecilerin yaklaşık % 64'üne ev sahibi ülke olarak, doğrudan etkilendiği açıktır ve Suriye Devleti'nin sorumluluğunu başlatabilir.

Uygulamada, 19. yüzyılın sonlarına doğru, Rusya'da Yahudi azınlığa yönelik zulüm sonucu yoksul Rus Yahudilerinin ABD'ye akın etmesi sonucunda, ABD Hükümeti, ABD'nin çıkarlarının orantısız göç nedeniyle zarara uğradığını iddia etmiştir. 14 Mayıs 1971'de, Hindistan Hükümeti, Delhi'deki Pakistan Yüksek Komisyonuna yazdığı notada, Pakistan Hükümeti'nin Doğu Bengal'de başlattığı askerî harekât sonucunda yaklaşık 2.000.000 Pakistanlının topraklarından kaçmak zorunda kaldığını, Hindistan'ın bitişik bölgelerine sığındıklarını, bu nedenle bölgede barışın tehdit edildiğini bildirmiştir. Hindistan Hükümeti söz konusu notada, mültecilerin evlerine dönmeleri şartlarının yaratılmasında bütün sorumluluğu, Hindistan'ın mali ve diğer ek yüklerinin talep edilmesi hakkını saklı tutarak, Pakistan hükümetine yüklemiştir⁹¹.

Tomuschat, kitlesel akınların söz konusu olduğu durumlarda BM Genel Kurulunun geri dönüş hakkını vurguladığını aşağıdaki Filistin ve Eski Yugoslavya ile ilgili örneklerle gösterir⁹².

BM Genel Kurulu, 1948 yılında 194 (III) sayılı Filistin hakkında aldığı kararıyla, mültecilerin uygun olan en kısa zamanda evlerine geri dönme – ve komşularıyla barış içinde yaşama- isteklerini Uluslararası Hukuka ve hakkaniyete göre sorumlu hükümetler ve makamlar tarafından yerine getirilmesine karar vermiştir⁹³.

BM Genel Kurulu 1993 yılında Eski Yugoslavya Ülkesindeki İnsan Hakları Durumları ile ilgili olarak aldığı kararda, bütün kişilerin güvenlik ve onur içinde evlerine dönme hakkını teyit etmiştir⁹⁴.

Ancak uygulama, BM Genel Kurul kararlarında bahsedildiği şekilde işlememektedir. İçduygu ve Ayaşlı, mülteci akınlarını, gelişmiş zengin ülkelerin, genellikle yoksul ve az gelişmiş ülkelerde tutmak istemelerinin uluslararası mülteci rejiminin önemli bir boyutu haline geldiğini ifade ederler⁹⁵. Bodur, Avrupa Birliği'nin niyetinin Suriyeli sığınmacı ve göçmenleri, Suriye'ye geri döndürmek değil, Türkiye'de kalmalarını istemek olduğunu belirtir⁹⁶. Uluslararası toplum, koruma sorumluluğu çerçevesinde ve Suriye'deki silahlı çatışmaların uluslararası barış ve güvenliği bozduğu gerekçesiyle BM Güvenlik Konseyi müdahale kararı alabilir. Ancak mevcut durum göz önünde tutulduğunda, BM Güvenlik Konseyi, Rusya Federasyonu ve diğer daimî üyelerinin Suriye'yle ilişkileri dolayısıyla Suriye'ye müdahale kararı yakın bir

⁸⁸ BETTS, s.32.

⁸⁹ Asylum in Public International Law (Excluding Neutral Asylum), Resolutions Adopted at its Bath Session, September, 1950, Institute of International Law, https://www.jstor.org/stable/2213924?seq=1#metadata_info_tab_contents (Erişim: 29.10.2023); Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0055>, (Erişim: 19.05.2023); A/RES/ 73/195, Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration, 11 January 2019, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/451/99/PDF/N1845199.pdf?OpenElement>, (Erişim: 29.10.2023).

⁹⁰ İÇDUYGU/AYAŞLI, s.2.

⁹¹ Amerikan Devlet Başkanı Harrison, 1891'de ABD Kongre'sinde yaptığı konuşmada, ABD'ye gelen Yahudilerin işgücü piyasasını ciddi şekilde etkileyeceğini bildirmiştir. LEE, s.560-561.

⁹² TOMUSCHAT, <https://www.unhcr.org/sites/default/files/legacy-pdf/4ca348026.pdf>.

⁹³ General Assembly, 194(III) Palestine, Progress Report of the United Nations Mediator, Hundred and eighty-sixty Plenary Meeting, 11 December 1948, para.11, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/043/65/PDF/NR004365.pdf?OpenElement>, (Erişim: 05.06.2023).

⁹⁴ A/RES/48/153, 7 February 1994, para 13, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/067/94/PDF/N9406794.pdf?OpenElement>, (Erişim: 10.06.2023).

⁹⁵ İÇDUYGU/AYAŞLI, s.3.

⁹⁶ BODUR, Mehmet Zeki: “Suriyelilerin Geri Dönüşü İçin Ne Yapılması Gerekliyor?”17 Kasım 2020, 21. Yüzyıl Türkiye Enstitüsü, <https://21yyte.org/tr/merkezler/islevsel-arastirma-merkezleri/suriyelilerin-geri-donusu-i-cin-ne-yapilmasi-gerekliyor>, (Erişim: 10.06.2023).

ihhtimal değildir. Bu ihtimal, bu çalışmanın yazarı tarafından da savunulmaz. Deng'in, devlet içindeki insanlara yardım etmede, ülkesindeki halkı umursamayan devleti zorlamada uluslararası toplumun koalisyonlar ya da kolektif olarak askeri müdahale dışında, yaptırım ya da diplomatik angajman gibi önlemler alabileceęi⁹⁷ nerisi, uluslararası düzenin adaleti açısından çok tercih edilir niteliktedir. Bir diğer durum da Güvenlik Konseyi'nin BM Andlaşması 41. maddesi çerçevesinde kuvvet kullanımını gerektirmeyen tedbir alma yetkisidir. Hatırlanacağı zere, Birinci Körfez Savaşı sırasında, Irak'tan kaçıp, Türkiye'ye sığınan Kuzey Iraklı Kürtler için BM Güvenlik Konseyi kararıyla Kuzey Irak'ta güvenli bölge oluřturulmuřtur⁹⁸. Benzer bir yol Suriye rneği için de mümkün olabilir. Elbette bu durum, ülke içinde yerinden edilme sonucunu doğuracaktır. Ayrıca, uluslararası yardım çalışanlarının, oluşturulan güvenli bölgeye, kendi güvenliklerini korumak amacıyla gitmelerini zorlaştıracaktır. Ancak bu durum, mevcut ve potansiyel menşe devletlerin ülkelerine güvenli ve gönüllü geri dönüş koşulları yaratmaya da teşvik edebilecektir.

IV. SONUÇ

Günümüzde mülteci akınlarına en çok silahlı çatışmalar neden olmaktadır. Mültecilerin %76'sına dştik ve orta gelirli ülkeler, %70'ine komşu ülkeler ev sahipliği yapmaktadır. Dünyada en çok mülteci üreten devlet, Suriye'dir. Suriyeli mültecilerin %91.5'inden fazlası, Türkiye ve Suriye'ye komşu iki lkededir. Tek başına Türkiye, Suriyeli mültecilerin yaklaşık % 64'ne ev sahipliği yapmaktadır. Reynolds ve Vacatello'nun raporuna göre, Türkiye'deki mülteci sayısı, dünyadaki toplam mültecilerin %1,03' olmasın gerekirken, %1193'dr⁹⁹.

Devletler egemenliklerin ve uluslararası hukukun getirdiği bir yükümlülük olarak, insan haklarını korumak yanında refahlarını sağlamakla da görevlidirler. Bunun için, çeşitlilikleri yönetmek; refah ve hizmetin eşit dağılımını sağlamak; kalkınma fırsatları yaratmak; barış, güvenlik ve istikrarı tesis etmek; silahlı çatışmaları önlemek, yönetmek ve sonlandırmak; topraklarında hüküm süren koşulların uluslararası barış ve düzeni tehdit etmemesini sağlamak ve kısaca vatandaşlarının mülteciye dönüşmesinden kaçınmak zorundadırlar¹⁰⁰.

Devlet, vatandaşlarının ve egemenliği altındaki insanların mülteciye dönüşmesini engellemekle görevliyken, mülteci üretme davranışları dolayısıyla uluslararası hukuktan kaynaklanan herhangi bir yükümlülükleri yoktur. Halbuki devletler, ülkelerindeki insanları mülteciye dnştiren bu hukuka aykırı fiillerini, Devletin Sorumluluğu Taslak Maddeleri'ne göre, eski hale iade ederek onarma yükümlülüğü altındadır. şöyle ki, haksız fiil işleyen, bu haksız fiilini onarmak zorundadır. Mültecilik, devlete atfedilmesinde tartışma olmayan bir uluslararası haksız fiilin sonucudur. Vatandaşlarını ve insan haklarını koruma konusunda yükümlülüklerini ihlal ederek mülteci üreten menşe devletler haksız fiilini tamamen onarmak, durumundadırlar. Uluslararası haksız fiiller için en temel onarım şekli eski hale iadedir. Bu onarım şekli, haksız fiil meydana gelmemiş olsaydı var olacak durumun tesisi veya yeniden kurulması olarak tanımlanır ve geniş anlamda tazminat ve tatmini de kapsar¹⁰¹. şöyle olmamiş olsaydı dahi Taslak Maddeler'in 31. sine açıkça belirtilen "tamamen onarım" kapsamında, haksız fiilin tamamen giderilmesi gereklidir.

Eski hale iade, menşe devlet açısından bir uluslararası yükümlülüğün yerine getirilmesidir¹⁰². Eski hale iade ile mülteciler için en ideal kalıcı çözüm şekli olan menşe ülkeye geri dönüş ile yakın bir bağlantı vardır. Mevcut uluslararası mülteci rejimi akınları mülteci akınlarını yoksul ve az gelişmiş ülkelerde tutma eęilimindedir¹⁰³. Bu durum, Türkiye'deki Suriyeliler için, Türkiye ve Avrupa Birliği ilişkilerinde de açıkça grlr¹⁰⁴. Menşe devleti sorumlu tutmayan mevcut mülteci rejiminin Suriye uygulamasında, Suriye'ye geri dönüş oranı, %6,9 civarındadır. Menşe devletler, mültecilere adil geri dönüş koşullarını yaratarak, mültecilerin ülkelerine geri dönüşlerini sağlamakla sorumludur¹⁰⁵. Ancak, geri dönüşlerin sadece menşe devletin takdirine bırakılmaması ve geri dönenler için uygulanabilir bir hak olmasını sağlayacak uluslararası mekanizmaların geliştirilmesi de nemlidir¹⁰⁶.

Mültecilere ev sahipliği yapan devletler, Taslak Maddeler'in 42. sine göre, doğrudan zarar gören devlet olarak menşe devletin sorumluluğunu ileri sürebilir. Uygulamada, ABD, Rusya'daki Yahudilerin; Hindistan, Pakıstanlı mültecilerin evlerine dönmeleri konusundaki sorumluluğu menşe ülkelere yklemiřlerdir¹⁰⁷. BM Genel Kurulu, Filistinlilerin ve Eski Yugoslavya'dan kaçan kişilerin evlerine geri dönüş hakları ve ilgili hükümet ve makamların sorumlulukları ile ilgili karar almıřtır¹⁰⁸.

⁹⁷ DENG, s.354-5.

⁹⁸ İÇDUYGU/AYAşLI, s.3.

⁹⁹ REYNOLDS/VACATELLO, s.350-352.

¹⁰⁰ DENG, s.354, 366 367; LEE, s.538; Draft Declaration on Rights and Duties of States with Commentaries.

¹⁰¹ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries, s.96.

¹⁰² BRADLEY, s.2.

¹⁰³ İÇDUYGU/AYAşLI, s.3.

¹⁰⁴ BODUR, <https://21yyte.org/tr/merkezler/islevsel-arastirma-merkezleri/suriyelilerin-geri-donusu-i-cin-ne-yapilmasi-gerekliyor>.

¹⁰⁵ BRADLEY, s.4-8.

¹⁰⁶ BRADLEY, s.10.

¹⁰⁷ Amerikan Devlet Başkanı Harrison, 1891'de ABD Kongre'sinde yaptığı konuşmada, ABD'ye gelen Yahudilerin işgücü piyasasını ciddi şekilde etkileyeceğini bildirmiştir. LEE, s.560-561.

¹⁰⁸ General Assembly, 194(III) Palestine, Progress Report of the United Nations Mediator, 11 December 1948, para. 11; A/RES/48/153, 7 February 1994, para.13.

Menşe devletin sorumluluğunun sonucu olarak eski hale yükümlülüğü ve dolayısıyla menşe ülkeye geri dönüşü savunmak; sığınma devletlerin menfaatleri yanında mültecilerin insan haklarını da korumak anlamına gelir.

Menşe devletlerin insan hakları ile ilgili sorumluluklarını hatırlatmak ve bu konuda Uluslararası Mülteci Hukukundaki boşluğu doldurmak; devletleri insan hakları konusunda daha hassas hareket etmeye zorlayabilir. Uluslararası toplumun, menşe devlete geri dönenler için uygulanabilir bir hak olmasını sağlayacak mekanizmaların geliştirilmesine katkısı hiç şüphesiz dünya barışına ve uluslararası hukuk düzenine hizmet edecektir.

KAYNAKÇA

- A/63/677, 12 January 2009, Implementing the responsibility to protect Report of the Secretary-General, <https://www.globalr2p.org/resources/implementing-the-responsibility-to-protect-2009/>, (Erişim: 10.06.2023).
- A/RES/48/153, 7 February 1994, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/067/94/PDF/N9406794.pdf?OpenElement>, (Erişim: 10.06.2023).
- A/RES/60/1, 24 October 2005, https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/global_compact/A_RES_60_1.pdf, (Erişim: 10.06.2023).
- A/RES/60/147, 16 December 2005, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/2021-08/N0549642.pdf>, (Erişim: 19.05.2023)
- A/RES/ 73/195, 11 January 2019, Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/451/99/PDF/N1845199.pdf?OpenElement>, (Erişim: 29.10.2023).
- AHMAD, Nafees: “Refugees: State Responsibility, Country of Origin and Human Rights”, *Asia- Pacific Journal on Human Rights and the Law*, (2), 2009, s.1-22.
- Asylum in Public International Law (Excluding Neutral Asylum), Resolutions Adopted at its Bath Session, September, 1950, Institute of International Law, https://www.jstor.org/stable/2213924?seq=1#metadata_info_tab_contents (Erişim: 29.10.2023).
- BETTS, Alexander: *Zorunlu Göç ve Küresel Politika*, Çev. Seher Meltem Türkaslan, Hece Yayınları, Ankara 2017.
- BODUR, Mehmet Zeki: ‘Suriyelilerin Geri Dönüşü İçin Ne Yapılması Gerekliyor?’ 17 Kasım 2020, 21. Yüzyıl Türkiye Enstitüsü, <https://21yyte.org/tr/merkezler/islevsel-arastirma-merkezleri/suriyelilerin-geri-donusu-i-cin-ne-yapilmasi-gerekliyor>, (Erişim: 10.06.2023).
- BRADLEY, Megan: “The Conditions of Just Return: State Responsibility and Restitution for Refugees”, *RSC Working Paper*, (21), March 2005, s.1-31.
- BROCK, Gillian “International Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS)” *Encyclopedia of Global Justice*, Deen K. Chatterjee, Springer Link, 2011. [https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007/978-1-4020-91605_7#:~:text=International%20Commission%20on%20Intervention%20and%20State%20Sovereignty%20\(ICISS\),Gillian%20Brock&text=The%20International%20Commission%20on%20Intervention,at%20risk%20in%20another%20state](https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007/978-1-4020-91605_7#:~:text=International%20Commission%20on%20Intervention%20and%20State%20Sovereignty%20(ICISS),Gillian%20Brock&text=The%20International%20Commission%20on%20Intervention,at%20risk%20in%20another%20state), (Erişim: 29.10.2023).
- BUZ, Sema/KORÇ, Sema: “Mültecilere Yönelik Kalıcı Çözümlerden Biri Olarak Gönüllü Geri Dönüş”, *Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi*, 21(50), Ocak-Mart 2021, s.195-230.
- BÜYÜK, Mehmet Emin: *Uluslararası Hukukta Hukukun Genel İlkeleri*, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul 2018.
- Case Concerning the Factory at Chorzow, (Claim for Indemnity, July 26th, 1927, Collection of Judgments, Series A, No:9, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_09/28_Usine_de_Chorzow_Competence_Arret.pdf, (Erişim: 10.05.2023).
- Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0055>, (Erişim: 19.05.2023).
- ÇAĞIRAN, Mehmet Emin: *Uluslararası Alanda İnsan Hakları*, Turhan Kitabevi, Ankara 2020.
- ÇAĞIRAN, Mehmet Emin: *Uluslararası Hukukta Devletin Tek Taraflı İşlemleri*, Barış Platin Yayınları, Ankara 2005.
- Draft Conclusion on Identification and Legal Consequences of Peremptory Norms of General International Law, Report of the International Law Commission, Seventy-third Session, Chapter IV, Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens), https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/1_14_2022.pdf, (Erişim: 19.05.2023).
- DENG, Francis M.: “From ‘Sovereignty as Responsibility’ to the ‘Responsibility to Protect’”, *Global Responsibility to Protect*, 2, 2010, s.353-370.
- DOĞAN, İlyas: *İnsan Hakları Hukuku*, Astana Yayınları, Ankara 2013.
- Draft Declaration on Rights and Duties of States with Commentaries, 1949, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/211949.pdf, (Erişim: 19.05.2023).
- Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries, *Yearbook of the International Law Commission*, Vol II, Part Two, 2001, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, (Erişim: 09.05.2023).
- ERKİNER Hakkı Hakan: *Devletin Haksız Fiilinden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.

- ERTUĞRUL, Ümmühan Elçin: “Koruma Sorumluluğu: İnsani Müdahaleyi Makyajlamak”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XX(2), Nisan 2016, s.421- 450.
- ERTUĞRUL, Ümmühan Elçin: Uluslararası Hukukun Emredici Normlarından Doğan Yükümlülüklerin Ciddi İhlallerinden Devletin Sorumluluğu, Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım, Ankara 2012.
- Executive Committee of the High Commissioner’s Programme, Voluntary Repatriation, 18(XXXI), 1980, 16 October 1980, No. 18(XXXI), <https://www.refworld.org/docid/3ae68c6e8.html>, (Erişim: 08.05.2023).
- FELLMETH, Aaron/HORWITZ, Maurice: Guide to Latin in International Law, Oxford University Press, Oxford 2011, <https://www.oxfordreference.com/display/10.1093/acref/9780195369380.001.0001/acref-9780195369380-e-915>, (Erişim: 11.05.2023).
- GEMALMAZ, Mehmet Semih: Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Cilt 1, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 8. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012.
- General Assembly, 194(III) Palestine, Progress Report of the United Nations Mediator, Hundred and eighty-sixty Plenary Meeting, 11 December 1948, para. 11, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/043/65/PDF/NR004365.pdf?OpenElement>, (Erişim: 05.06.2023).
- GREENHILL, Kelly M.: Weapons of Mass Migration: Forced Displacement, Coercion, and Foreign Policy, (Cornell Studies in Security Affairs), Cornell University Press, Ithaca- New York, 2010.
- GROTIUS, Hugo: Savaş ve Barış Hukuku, Çev. Seha L. Meray, Say Yayınları, İstanbul, 2011.
- GÜLER, Arzu: “Mülteci Sorunu ve Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Sözleşme: Siyasi Gerçeklik ve Normatif Düzen İkilemi” Uluslararası İlişkiler, 13(51), 2016, s.41-61.
- HCR/1P/4/ENG/REV. 4, Handbook on Procedures Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, Reissued, Geneva, 2019, <https://www.refworld.org/docid/5cb474b27.html>, (Erişim: 10.06.2023).
- https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?chapter=4&clang=_en&mtdsg_no=IV-4&src=IND#EndDec, (Erişim:10.05.2023).
- <https://www.un.org/en/about-us/member-states/syrian-arab-republic#:~:text=Egypt%20and%20Syria%20were%20original,Nations%20from%2024%20October%201945>, (Erişim: 10.05.2023).
- International Crimes of State: A Critical Analysis of the ILC’s Draft Article 19 on State Responsibility, Eds. Joseph H. Weiler, Antonio Cassese ve Marina Spinedi, Walter de Gruyter, Berlin – New York, 1989.
- International Convention on the Elimination of All Forms of the Racial Discrimination, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20660/volume-660-I-9464-English.pdf>, (Erişim: 10.07.2023).
- International Court of Justice, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276(1970) Advisory Opinion of 21 June 1971, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/53/053-19710621-ADV-01-00-EN.pdf>, (Erişim: 10.07.2023).
- International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966, General Assembly Resolution 2200A (XXI), <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>, (Erişim: 19.05.2023).
- <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c016/tbmm22016089ss0150.pdf>, (Erişim: 19.05.2023).
- IOM’s Policy on the Full Spectrum of Return, Readmission and Reintegration, International Organization for Migration (IOM), <https://www.iom.int/sites/g/files/tmzbd1486/files/documents/ioms-policy-full-spectrum-of-return-readmission-and-reintegration.pdf>, (Erişim: 06.06.2023).
- İÇDUYGU Ahmet/AYAŞLI, Enes: “Geri Dönüş Siyaseti: Suriyeli Mültecilerin Dönüş Göçü İhtimali ve Gelecek Senaryoları” Mirekoc Çalışma Notları, 4/2019.
- İNELİ CİĞER, Meltem: “Uluslararası Hukuka Uygun Geçici Koruma Rejiminin Unsurları Üzerine”, Göç Araştırmaları Dergisi, 2(3), Ocak-Haziran 2016, s.62-92.
- KELSEN, Hans: Saf Hukuk Kuramı, Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş, Çev. Ertuğrul Uzun, Nora Kitap Vizyon Basımevi, İstanbul, 2016.
- KOSKENNIEMI, Martti: From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument, Cambridge University Press, Cambridge 2006.
- LEE, Luke T.: “The Right to Compensation: Refugees and Countries of Asylum”, The American Journal of International Law, 80(3), July 1986, s.532-567.
- LÜTEN, İlhan: “Ferdin Milletlerarası Himayesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9(1), 1952, s.68-125.
- MERON Theodor: Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law, Clarendon Press, Oxford 1991.
- MERON, Theodor: “On a Hierarchy of International Human Rights”, The American Journal of International Law, 80(1), 1986, s.1-23.
- MÜNKLER, Herfried: Yeni Savaşlar, Çev. Zehra Aksu Yılmaz, İletişim Yayınları, İstanbul 2010.
- Nuclear Test Case, International Court of Justice, (Australia v. France), Judgment of 20 December 1974, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/58/058-19741220-JUD-01-00-EN.pdf>, (Erişim: 19.05.2023).
- ORAKHELASHVILI, Alexander: “The Impact of Peremptory Norms on the Interpretation and Application of United Nations Security Council Resolution” EJIL, 16(1), 2005, s.59-88.
- ÖKTEM, Emre: Uluslararası Teamül Hukuku, Beta Basım Yayım, İstanbul 2015.
- ÖZTÜRK, Neva Ö.: “Geçici Korumanın Uluslararası Koruma Rejimine Uyumu Üzerine Bir İnceleme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 66(1), 2017, s.201-264.

- PELLET, Alain: “The Definition of Responsibility in International Law” <https://prawo.uni.wroc.pl/sites/default/files/students-resources/PELLET%20The%20Definition%20of%20Responsibility%20in%20International%20Law.pdf>, (Erişim: 29.10.2023).
- PİRİM, Ceren Zeynep: Uluslararası Hukukta Devletin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu, Turhan Kitabevi, Ankara 2022.
- REYNOLDS Sarnata/VACATELLO, Juan Pablo: “Building a Lifeline, A proposed global platform and responsibility sharing model for the Global Compact on Refugees”, The Scholar: St Mary’s Law Review on Race and Social Justice, 21(3), 2019, s.325-402.
- SIMEON, James C.: ‘Ending Forced Migration as a Weapon of War’ August 15th, 2022, https://carfms.org/ending-forced-migration-as-a-weapon-of-war/#_ftnref10, (Erişim: 19.06.2023).
- TAŞDEMİR, Fatma: Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.
- TOMUSCHAT, Christian: “State Responsibility and the Country of Origin”, The Problem of Refugees in the Light of Contemporary Law Issues, Ed. Gowlland-Debbas, Vera, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, Papers presented at the Colloquium organized by the Graduate Institute of International Studies in collaboration with the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, Geneva, 26 and 27 May, 1994, <https://www.unhcr.org/sites/default/files/legacy-pdf/4ca348026.pdf>, (Erişim:10.05.2023).
- UNHCR, Figures at Glance, 2023.
- UNHCR, Syria Regional Refugee Response: Durable Solution https://data2.unhcr.org/en/situations/syria_durable_solutions, (Erişim: 05.06.2023).
- UZUN, Elif: Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık San ve Tic. A.Ş., Ankara 2016.
- YILDIRIM YÜCEL, Zeynep: ‘Ulus Devlet, Mültecilik ve Menşee Ülkeye Geri Dönüş: Türkiye’de Yaşayan Suriyeli Mülteciler’, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2019.
- YILMAZ EREN, Esra: Mülteci Hukukunda Geçici Koruma, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Ankara 2018.
- ZIADEH, Nicola A.: Sanūsīyah: A Study of a Revivalist Movement in İslam, Brill, Leiden 1968.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Ümmühan Elçin ERTUĞRUL, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Ümmühan Elçin ERTUĞRUL who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors' Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.



Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.


Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnULR in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

7269 SAYILI UMUMİ HAYATA MÜESSİR AFETLER DOLAYISIYLA* ALINACAK TEDBİRLERLE YAPILACAK YARDIMLARA DAİR KANUN'UN VE BU KANUN KAPSAMINDAKİ HAK SAHİPLİĞİ KURUMUNUN TÜRK İDARE HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

EVALUATION OF THE LAW NO. 7269 ON MEASURES TO BE TAKEN AND ASSISTANCE TO BE PROVIDED DUE TO DISASTERS AFFECTING PUBLIC LIFE AND ENTITLEMENT INSTITUTION WITHIN THE SCOPE OF THIS LAW IN TERMS OF TURKISH ADMINISTRATIVE LAW

A. Kürşat ERSÖZ *  

| | | |
|--|--|---|
| Makale Bilgi | Özet | 10.21492/inuhfd.1347166  |
| Gönderi: 21/08/2023 Kabul : 15/11/2023 | Türkiye bulunduğu konumu itibarıyla bir afet ülkesidir. Ülkemizde son yüzyılda yaklaşık 120 civarında tahrip edici deprem meydana gelmiştir. Son olarak, 6 Şubat 2023'te Kahramanmaraş ilimize bağlı Pazarcık ve Elbistan ilçelerinde yaşanan ardışık ve büyük depremler, sadece ülke tarihinde değil, dünya tarihinde de ender görülen afet örneklerinden birisidir. Yaşanan yıkım, “afet” in bu toprakların değişmez geçeceği olduğunu maalesef bir kere daha bizlere tecrübe ettirmiştir. 7269 Sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun, afetler esnasında hatırlanan bir kanundur. Ancak bu Kanun esnasında özgün nitelikte birçok hükmü ihtiva eden, teknik bir koddur. Nitekim başta afetin tanımlanmasından başlayarak, ülkemizdeki afet örgütlenmesini, afetin nasıl yönetileceğini, afet sonrasında afetin yarattığı travmaların nasıl onarılacağını düzenler. Ayrıca, idarelere önemli yetkiler veren, zarar gören yurttaşlara ise özellikli haklar veren bir normlar silsilesidir. Özelliği itibarıyla de Türk pozitif hukukunun afet konusundaki genel kanunu niteliğindedir. Bu nedenle de uygulamadaki adı “Afet Kanunu” ya da “Afetler Kanunu” dur. Bu çerçevede, çalışma kapsamında Afet/ Afetler Kanunu olarak bilinen 7269 sayılı Kanunu inceleyerek, kanunla sınırlı olarak ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerini (CBK) de ele alarak Türk İdare Hukuku disiplini içerisinde görüş ve önerilerimizi sunmaya çalışacağız. | |
| Anahtar Kelimeler | Abstract | |
| Afet, İdare, Hak Sahipliği, Deprem, 7269 Sayılı Kanun. | Türkiye is a disaster country due to its location. About 120 destructive earthquakes have occurred in our country in the last century. Finally, the consecutive and large earthquakes that occurred in Pazarcık and Elbistan districts of Kahramanmaraş on February 6, 2023 are one of the rare examples of disasters not only in the history of the country, but also in the world history. Unfortunately, the destruction made us experience once again that the "disaster" is the unchangeable reality of these lands. The Law No. 7269 on Measures to be Taken and Assistance to be Provided Due to Disasters Affecting Public Life is a law that is remembered during disasters. However, this Law is essentially a technical code containing many original provisions. As a matter of fact, starting with the definition of the disaster, it regulates the disaster organization in our country, how the disaster will be managed, and how the traumas created by the disaster will be repaired after the disaster. In addition, it is a set of norms that gives important powers to the administrations and specific rights to the injured citizen. In terms of its characteristics, it is the general law of Turkish positive law on disasters. For this reason, its name in practice is “Disaster Law” or “Disasters Law”. In this framework, we will try to present our opinions and suggestions within the discipline of Turkish Administrative Law, limited to the law, by examining the Law No. 7269, known as the Disaster/Disasters Law, within the scope of the study. | |
| Article Info | | |
| Received: 21/08/2023 Accepted: 15/11/2023 | | |
| Keywords | | |
| Disaster, Administration, Entitlement Institution, Earthquake, Law No. 7269. | | |

 Bu eser [Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/) ile lisanslanmıştır.

* Kanun'un orijinalinde kelime “dolayısıyla” şeklinde geçtiği için aslıyla aktarılmıştır

*Doç. Dr., Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** ERSÖZ, A. Kürşat, “7269 Sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun'un ve Bu Kanun Kapsamındaki Hak Sahipliği Kurumunun Türk İdare Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, İnÜHFD, 14(2), 2023, s.486-499. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

Since our country is a disaster country due to its location, different disasters are experienced every year. As a result of various natural movements, especially earthquakes, it has to struggle with many disasters. As a matter of fact, the successive and big earthquakes in Kahramanmaraş on February 6, 2023, unfortunately, made us experience once again that the disaster is the unchanging reality of these lands. Therefore, it is the duty of the administration to manage the crisis management before the natural disasters, the crisis management when the natural disasters occur, and the restoration after the natural disaster.

This study aims to examine and evaluate the Law No. 7269, known as the Disaster/Disasters Law. The Law No. 7269 on Aids to be Taken with Measures to Be Taken Due to Disasters Affecting Public Life is a law that is remembered during disasters. In other words, it is clear that the subject of Law No. 7269 is exclusively "disasters". However, contrary to what is known, it is seen that the Law No. 7269 is a "holistic" law that regulates not only the disaster, but also before and after the disaster. While the Law No. 7269 actually regulates disaster preparedness, disaster management, works and procedures to be carried out after the disaster, and the competent authorities, it has become a law that is remembered only after disasters occur.

While evaluating the Law No. 7269 in the article, the enactment process of the Law will be briefly mentioned. Afterwards, the Authorized Administrations and the Decision of Impact on Public Life will be mentioned in accordance with the Law No. 7269 on Disaster. In this context, it is seen that the Law entrusts the authority to the Ministry of Environment, Urbanization and Climate Change in the center and to the Civil Administrative Chiefs in the provinces. The main reason for this situation is to carry out fast and effective disaster management without leaving any room for the discussion of disaster authority. Afterwards, the determination of the disaster-exposed areas and the preparations before the disaster will be expressed within the scope of the Law. In the event of a disaster risk, the works and procedures to be carried out will be explained in a certain order in accordance with the Law No. Moreover, information will be provided on the legal situation after the earthquake of 6 February 2023 and the special zoning regime created in the earthquake zone with the decrees issued. In this regard, the Presidential Decree No. 126, which was published in particular regarding earthquake zones, will be mentioned. Because the norm that created a special zoning order for the earthquake zone was CBK numbered 126. In our opinion, the most important regulation brought in CBK numbered 126 is that places that are considered as disaster areas that affect the general life due to earthquakes. The temporary or final resettlement areas of those affected by the disaster will be determined by the Ministry of Environment, Urbanization and Climate Change.

In the study, although it is emphasized that the general structure and systematic of the Law No. 7269 have a positive structure, some suggestions will be made. First, the "Disaster Exposed Area" regulation should not remain as a mere regulation, after the necessary technical preparations have been made by the authorized administrations, the determination of the regions, evacuation before the disaster, expropriation, etc. processes should be carried out promptly, and the issue should not be allowed to be protracted. In addition, no exception should be allowed for the authority to take the decision of the region subject to disaster, and only authority should be authorized.

Secondly, in accordance with the law numbered 7269, damage assessment reports can only be the subject of a lawsuit together with the actual transaction. The obligation to notify the actual transaction, which hinders the legal action against the damage assessment reports, should be abolished. Or, if a lawsuit is filed against the actual transactions established after the damage assessment reports, it is necessary to ensure that the lawsuit brought directly has the effect of suspending the execution of the transaction. Another possibility is to bring a special administrative procedure to resolve the disputes arising from the Law No. 7269 according to this procedure.

Finally, in the regulations made by the decree, the zoning powers were given to the central authority. This situation is correct, but it was not appropriate to completely abolish the plan suspension and objection processes. Instead, taking into account the magnitude of the incident and the urgency of the public need, the recognition of the right to appeal and litigation would be appropriate in terms of both the principle of proportionality and the right to property.

I. GİRİŞ

Yer kürenin yaklaşık 5 milyar yaşında, canlı ve devingen bir yapıya sahip olduğu bilinen bir gerçekliktir. Yer küre için doğal olan deprem, sel, fırtına gibi olaylar, insan hayatına doğrudan etki ettiğinde, örneğin canımıza, malımıza, zarar verdiğinde ise afet adını almaktadır¹. Ülkemiz neredeyse her yıl farklı afetler yaşamakta, başta deprem olmak üzere çeşitli doğa hareketleri sonucunda da birçok felaketle mücadele etmek zorunda kalmaktadır. Yaşanan doğal afetler içerisinde ise, depremlerin etkisi ise son yaşadığımız depremde de gördüğümüz gibi daha kitleseldir. Buna göre ülke topraklarımızın %92'si, nüfusumuzun ise %95'i deprem bölgesi üzerinde bulunmaktadır. Böylelikle ülkemiz açısından doğal afetlerin öncesini, doğal afetlerin meydana geldiği zamanki kriz yönetimini ve doğal afet sonrasında eski duruma getirmeyi yönetmek idarenin, Anayasamızın 5. maddesi kapsamında tartışmasız bir ödevidir.

Afetlerin, insan eliyle önlenemez bir hadise olduğu dikkate alındığında, afet gerçekliği ile yüzleşmek ve afeti yönetmenin zaruret olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Tabii hadiseler karşısında, bilimin ve fennin gereklilikleri doğrultusunda gerekli tedbirleri almak, halkı bilinçlendirmek, kurum ve kuruluşları planlamak, organize etmek ve eğitmek, afet esnasını ve afet sonrasında yine kurumsal bir ciddiyet ile yönetmek ve asgari hasarla afet ve sonuçlarından kurtulmak, devletin asli görevidir. Her ne kadar doğrusu ya da olması gerektiği arz ettiğimiz gibi olsa da bilimin ışığında kurulan, tek aydınlatıcı olarak ilmi seçen, içinde bulunduğumuz yıl itibarıyla de 100. yılını dolduran Cumhuriyetimizin, maalesef, özellikle Atatürk sonrası dönemden itibaren bilimden, liyakatten ve fenden giderek uzaklaşmasının bedelini, maalesef büyük bir yıkımla ödemiş olması, son derece üzüntü vericidir. Umuyoruz ki, yaşadığımız acı son acımız olur ve gelecek nesiller, aynı eleştirileri bizlere yöneltmezler.

II. 7269 SAYILI UMUMİ HAYATA MÜESSİR AFETLER DOLAYISIYLA ALINACAK TEDBİRLERLE YAPILACAK YARDIMLARA DAİR KANUN'UN GENEL DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Kanun'un Çıkarılma Süreci

7269 sayılı Kanun, çıkarıldığı tarihlerde Çankırı ve Kırşehir'de meydana gelen ve ölümle sonuçlanan sel felaketi, Bursa il merkezinde yaşanan yangın felaketlerinin de etkisiyle 15 Mayıs 1959 tarihinde alınacak tedbir, afet yönetimi ve bunun yanı sıra sağlanacak yardımları da düzenlemek için çıkarılmıştır². 7269 sayılı Kanun çıkarılıncaya kadarki dönemde, yaşanan doğal afetler ile ilgili her afete özel çıkarılan münferit yasal düzenlemelerle, afetin etkileri giderilmeye çalışılmaktaydı. İlgili Kanun'la, doğal afetler ortaya çıkmadan önce, yapılacak iş ve işlemler ile ilgili idarenin yetki ve görevlerinin yasal çerçevesi çizilmiştir³. Bu bakımdan 7269 sayılı Kanun, öngörüsül (proaktif) düşüncelerle çıkarılmış bir normdur. Her doğal afetten sonra yayımlanan özel kanunların yerine afet kavramına bütüncül bir yaklaşımla yönelmeyi, en önemlisi de afet meydana gelmeden önce idarenin yapması lüzumlu işlerin icrasını sağlayarak afetin etkilerinin en aza indirgenmesini hedefleyen bir yasadır⁴. Kanun, afet sonrasında ilişkin olarak ortaya çıkacak olan finansman ihtiyacını, genel bütçe dışında bir afet fonunu ihdas ederek ikame etmeyi amaçlamakta; diğer yandan da sadece depremi değil, bütün doğal afet türlerini kapsamı içine alarak ve “muhtemel afet” kavramını getirerek gelecekte afete maruz kalabilecek yerleşimleri de Kanun'un düzenleme alanı içerisine almaktadır⁵.

¹ https://www.jmo.org.tr/genel/bizden_detay.php?kod=50, (Erişim: 22.7.2023).

² Önceki dönemlerde 1848 yılında çıkarılan Ebnîye Nizamnamesinden başlayarak, 1930 yılında çıkarılan Belediye Kanunu, 1933 yılında yayımlanan Belediye Yapı ve Yolları Kanunu ile 17 Ocak 1940 tarihinde 3773 sayılı Erzincan'da ve Erzincan Depreminden Müteessir Olan Mıntıklarda Zarar Görenlere Yapılacak Yapılar Hakkında Kanun; 1943 yılında 4373 sayılı Taşkın Sulara ve Su Baskınlarına Karşı Korunma Kanunu adlı kanun 18 Temmuz 1944 tarih ve 4623 sayılı Yer Sarsıntularından Evvel ve Sonra Alınacak Tedbirler Hakkında Kanun 5243 sayılı Erzincan'da Yaptırılacak Meskenler Hakkında Kanun (1948), 5663 sayılı Eskişehir Sel Baskınından Zarar Görenler İçin Yaptırılacak Meskenler Hakkında Kanun (1950) ve 6746 sayılı Aydın, Balıkesir, Bilecek, Edirne, Eskişehir, Konya ve Denizli Vilayetlerinde Tabii Afetlerden Zarar Görenlere Yapılacak Yapılar Hakkındaki Kanun (1956) gibi bir çok parçalı kanunda konu düzenleme altına alınmak istenmiştir. TERCAN, Binali: “Türkiye’de Afet Politikaları ve Kentel Dönüşüm”, Abant Kültürel Araştırmalar Dergisi, 3(5), 2018, s.70.

³ Nitekim bu husus Kanun'un gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir: “Ancak mevcut kanunlar hemen hemen vukubulmuş hadiselerle ait ve münhasır oldukları cihetle yeniden vukubulacak afetlere tatbikleri mümkün olamamakta ve her afet için yeni bir kanun tedvini zarureti hâsıl olmakta ve bu ise zaman kaybına ve binnetice afetzedelere yardımın zamanında yetişmesine imkân vermemektedir” <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d11/c004/tbmm11004085ss0158.pdf>, (Erişim: 23.7.2023). Günümüzde ise afet çıkmadan önce ve afetten sonra yapılacak işlerin koordine edilmesine “bütünlük afet yönetim sistemi” adı verilmektedir <https://www.afad.gov.tr/afad-hakkında>, (Erişim: 23.7.2023).

⁴ Her ne kadar amaçlanan her doğal afete ayrı bir kanun çıkararak sorunu çözmek yerine; 7269 sayılı Kanun ile meseleye bütüncül ve sistematik yaklaşmak hedeflenmiş olsa da, 7269 sayılı Kanun'un yürürlükte bulunduğu 64 yıllık süreçte kanun koyucunun her doğal afete ayrı bir kanun çıkarma alışkanlığından pek de vazgeçmediğini görmekteyiz. Örneğin Denizli İli Buldan İlçesi ve çevresinde ve Sarayköy ve Güney İlçelerinde 26.7.2003 tarihinde, Hakkari İli ve çevresinde 25.1.2005 tarihinde, Bingöl İli Karlıova İlçesi ve çevresi ile Erzurum İli Çat İlçesinde 12-14.3.2005 tarihlerinde, Muğla İli Akyaka Beldesinde 21.12.2004 tarihinde, Bingöl İli Yedisu ve Adaklı İlçelerinde 12-14.3.2005 tarihlerinde meydana gelen depremlerle ilgili 30.3.2005 tarihinde 5327 sayılı Kanun çıkarılmıştır.

⁵ AKYEL, Recep: “Türkiye Kamu Yönetiminde Afet Yönetimi”, Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi , 14(1), 2005, s.19.

B. Afet Konusunda 7269 Sayılı Kanun'a Göre Yetkili İdareler ve Umumi Hayata Müessirlik Kararı

1959 yılında, 7269 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra, bahse konu kanunla ilgili çalışmaları yürütmek amacıyla, dönemin İmar ve İskan Bakanlığı⁶ bünyesinde, 1960 yılından önce Afet İşleri Daire Başkanlığı, 1965 yılında ise Afet İşleri Genel Müdürlüğü kurulmuştur⁷. 7269 sayılı Kanun, merkezi ve yerel düzeyde işbirliği ve koordinasyonu sağlama görevini sonrasında adı değişen Bayındırlık ve İskan Bakanlığımıza vermiştir. Ancak Türkiye uygulamasında özellikle merkezi yönetim ve yerinden yönetim kuruluşları arasında etkili bir koordinasyon kurulamamış ve yapılan yasal düzenlemeler istenilen yararı sağlayamamıştır. Görülen bu eksiklik üzerine 1999 tarih ve 583 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile "Türkiye Acil Durum Yönetimi Başkanlığı" kurulmuş ve 2000 tarih ve 600 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile söz konusu birimin adı "Türkiye Acil Durum Yönetimi Genel Müdürlüğü" olarak değiştirilmiştir⁸. Sonrasında ise afetlerle ilgili olarak görev yapan İçişleri Bakanlığımıza bağlı Sivil Savunma Genel Müdürlüğü, Bayındırlık ve İskan Bakanlığımıza bağlı Afet İşleri Genel Müdürlüğü ve Başbakanlığa bağlı Türkiye Acil Durum Yönetimi Genel Müdürlüğü kapatılarak 2009 yılında çıkarılan 5902 sayılı Kanun ile Başbakanlığa bağlı Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı (AFAD) kurularak yetki ve sorumluluklar tek bir çatı altında toplanmıştır. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi ile ilgili yapılan düzenlemeler kapsamında ise, 15 Temmuz 2018 tarihinde yayımlanan 4 Nolu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile AFAD, İçişleri Bakanlığımıza bağlanmıştır. Görevi, afet ve acil durumlar ile sivil savunmaya ilişkin hizmetlerin ülke düzeyinde etkin bir şekilde gerçekleştirilmesi için gerekli önlemlerin alınması ve olayların meydana gelmesinden önce hazırlık ve risk azaltma, olay sırasında yapılacak müdahale ve olay sonrasında gerçekleştirilecek iyileştirme çalışmalarını yürüten kurum ve kuruluşlar arasında koordinasyonun sağlanması, yurt içinde ve yurt dışında insani yardım operasyonlarının yapılması ve koordine edilmesi ile bu konularda politika önerilerinin geliştirilmesi ve uygulanmasıdır.

7269 sayılı Kanun incelendiğinde, yetkiyi merkezde şu anki adıyla Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığımıza, taşrada ise Mülki İdare Amirlerine tevdi ettiği görülmektedir⁹. Bu durumun esas sebebi, afetle ilgili yetki tartışmasına mahal bırakılmaksızın hızlı, etkin bir afet yönetimini icra etmektir. Nitekim Kanun bu nazarla incelendiğinde "umumi hayata müessirlik" (genel hayata etkililik) kavramının kanunda tanımlanmadığı, yaşanan hadisenin umumi hayata müessir olup olmadığına, dolayısıyla da 7269 sayılı Kanun kapsamında olup olmadığına ilişkin karar verme yetkisinin şu anki adıyla Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığımıza verildiği görülmektedir¹⁰. Bakanlık, "umumi hayata müessirlik" değerlendirmesini yaparken afete uğrayan meskûn yerlerin büyüklüğü, o yerin tamamında veya bir kesiminde yıkılan, oturulamaz hale gelen bina sayısı, zarar gören yapı ve tesislerin genel hayata etki derecesi, mahallin ekonomik ve sosyal özellikleri, zararın kamuoyundaki tepkisi, normal hayat düzenindeki aksamalar ve benzeri hususlar göz önünde tutulmak suretiyle karar verecektir. Kanun'da afet olarak tanımlanan hadiselerin vukuu halinde¹¹ valiler, Bakanlığın umumi hayata müessirlik tanımı yapmasını beklemeksizin acil tedbirleri almaya yetkilidir.

C. Afete Maruz Bölgelerin Belirlenmesi ve Afet Öncesi Hazırlıklar

⁶ İmar ve İskan Bakanlığı, sonrasında Bayındırlık ve İskan Bakanlığımıza şu anda ise Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığımıza dönüşmüştür.

⁷ https://www.jmo.org.tr/resimler/ekler/34841a6831464b6_ek.pdf?dergi=HABER%20B%DCLTEN%DD, (Erişim: 21.7.2023).

⁸ AKTEL, Mehmet: "5902 Sayılı Yasa ile Türkiye'de Afet Yönetiminde Oluşan Değişim", Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, (27), 2010, s.172. Afet İşleri Genel Müdürlüğü'nün faaliyette olduğu dönemlerde, Birleşmiş Milletler tarafından 1990-2000 yılları arasındaki dönem için ilan edilen "Doğal Afet Zararlarının Azaltılması İçin Uluslararası On Yılı" çalışmaları ülkemizde de yankı bulmuş ve Afet İşleri Genel Müdürlüğü'nün koordinasyonunda çok sayıda bilim adamı bir araya gelerek afetlere karşı "Türkiye Milli Planı (1990-2000)"ni oluşturmuştu. Ancak yapılan çalışmaların kâğıt üzerinde kaldığı, 1999 Kocaeli ve Düzce depremlerinde ortaya çıkmıştır. https://www.jmo.org.tr/genel/bizden_detay.php?kod=50, (Erişim: 22.7.2023).

⁹ Sadece su baskınlarına ilişkin olarak kanunda bir istisna konulmuştur. Buna göre su baskını afetlerine maruz kalabilecek bölgelerin tespitinde DSİ Genel Müdürlüğü'nün önerisi ve Genel Müdürlüğü'nün bağlı olduğu Tarım ve Orman Bakanlığının onayının gerektiği 7269 sayılı Kanun'un 2. maddesinde düzenlenmiştir. Afete Maruz Bölgelerin tespit ve ilanı yetkisi ise Cumhurbaşkanımıza aittir.

¹⁰ Bakanlık, Umumi Hayata Müessirlik konusunda tanım yapma ve karar verme yetkisini, 7269 sayılı Kanuna uygun olarak çıkarılan Afetlerin Genel Hayata Etkililiğine İlişkin Temel Kurallar Hakkında Yönetmelik kapsamında kullanmaktadır. Nitekim Yönetmeliğin 5. maddesinde, Bakanlığın Umumi Hayata Müessirlik konusunda karar verirken; a) Afet sebebiyle ölü veya ağır yaralıların bulunması, b) Tarım ürünlerinden en az 1/3 ünün zarar görmüş olması, c) Büyük ve küçük baş hayvanın telef olması, d) O yerde kışların çok şiddetli ve inşaat mevsiminin kısa süreli olması, e) O yerdeki kamu tesislerinin (Yol, su, elektrik, kanalizasyon vs.) kullanılmayacak veya çalışmayacak derecede hasar görmüş olması, f) Ulaşım imkanlarının çok sınırlı olması hususlarının dikkate alınacağını düzenlemiştir.

¹¹ 7269 sayılı Kanun'un 1/I. maddesinde: "Deprem (Yer sarsıntısı), yangın, su baskını, yer kayması, kaya düşmesi, çığ, tasman ve benzeri afetlerde; yapıları ve kamu tesisleri genel hayata etkili olacak derecede zarar gören veya görmesi muhtemel olan yerlerde alınacak tedbirlerle yapılacak yardımlar hakkında bu kanun hükümleri uygulanır" şeklindeki ifade ile afet kavramı tanımlanmıştır. Tanıma ilişkin dikkat çeken ilk husus, tanımın örneklem yöntemle yapılmış olmasıdır. Diğer yandan ise afetlere ilişkin verilen örneklerin ise tabiat kaynaklı oluşu insan kaynaklı olmayışıdır. Oysa ki teknolojik afetler olarak da tanımlanan nükleer felaketler ya da kimyasal sızıntılar, sera gazı salımları tabiat kaynaklı değil, insan ya da teknoloji sebepli aktivitelerdir. Ancak nükleer kökenli bir olumsuzluğun genel hayatı etkilemesi halinde, 7269 sayılı Kanun'un uygulanıp uygulanmayacağı belirsizdir (aynı yönde bkz. AKYEL, s.19-20). Bu nedenle kanuna ve benzeri ifadesinden sonra doğal ya da insan kaynaklı afetlerde şekilde bir eklemenin yapılması daha uygun olacaktır.

Afet öncesine ilişkin olarak, 7269 sayılı Kanun'un 2. maddesinde "Afete Maruz Bölge" kavramına yer verilmiştir¹². Bu bölgelerin su taşkınlarına ilişkin olanlarının DSİ Genel Müdürlüğü ve bağlı bulunduğu Tarım ve Orman Bakanlığının önerisi; diğer alanlarda ise (deprem, erozyon vb afetler) Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığının önerisi ve ardından her ikisi için de Cumhurbaşkanı kararı ile tespit ve ilan olunacağı düzenlenmiştir. Bir yerin afete maruz bölge olarak belirlenmesi, gerekli teknik alt yapının oluşturulmasından sonra gerçekleşmektedir. Bu anlamda özellikle jeolojik etüd raporları, afete maruz bölge kararlarının hazırlayıcısı ya da ön işlemleridir. Jeolojik etüd raporlarına göre, inşaat yapılması uygun görülmemesi halinde, afete maruz bölge ilanı yapılabilecektir. Ancak Danıştayın, bir yerin afete maruz bölge olarak ilan edilmiş olmasına rağmen, gelişen teknolojinin çıktıları kullanılmak suretiyle yerleşime açılabileceğine hükmettiği görülmüştür. Söz konusu kararı şu şekildedir:

"(...) uyuşmazlığa konu alanda jeolojik dönemde oluşmuş heyelanın aktivitesini büyük ölçüde yitirdiği ve durağan heyelan alanı olduğu, alandaki mevcut yapıların kalitesinin orta-iyi seviyesinde olduğu ve yapısal hasarlarının bulunmadığı, mevcut durumun can ve mal güvenliği açısından risk oluşturmadığı, yapılarda mühendislik hizmeti alınarak uygulanacak fore kazık, drenaj sistemi, ankrajlı duvar sistemi gibi önlemlerin, heyelan etkilerini ortadan kaldırmaya yaradığı, gerekli mühendislik önlemleriyle yeni inşaat yapılabileceği anlaşıldığından, uyuşmazlığa konu alanın, yeni bir jeolojik-jeoteknik çalışma yapılmadan afete maruz bölge olarak belirlenmesine ilişkin dava konusu 25/01/2016 tarih ve 8466 sayılı Bakanlar Kurulu kararında, davacılar akit taşınmaz yönünden hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.¹³"

Yangın afetine uğraması muhtemel olan sahalar, şehir, ilçe ve beldelerde belediye meclisleri, köylerde ise ihtiyar heyetleri tarafından tespit ve kaymakamların görüşü alındıktan sonra valilerin onayı ile ilan edileceği düzenlenir. Yer kayması, kaya düşmesi, çığ gibi afetlere uğrayabilecek yerlerde alınacak önleyici tedbirler Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından; su baskınına uğrayabilecek yerlerde ise, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğüne bağlı bulunduğu Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından alınır.

7269 sayılı Kanun'un 4. maddesinde, afetin meydana gelmesinden sonra yapılacak kurtarma, yaralıları tedavi, barındırma, ölüleri gömme, yangınları söndürme, yıkıntıları temizleme ve felaketzedelere iade temini gibi hususlarda uygulanmak üzere görev ve görevlileri tayin, toplanma yerlerini tespit eden bir program valiliklerce düzenlenir ve gereken vasıtalar hazırlanarak muhafaza olunacağı emredilmiştir.

7269 sayılı Kanun'un, afet öncesinde yapılmasını emrettiği işlerden birisi de genel hayata etkili afetlerden önce veya sonra kesin lüzum üzerine meskûn bir topluluğun bir kısmının veya tamamının kaldırılarak başka mahallere toplu olarak veyahut dağıtılarak yerleştirilmesidir. Kanun, gerekli teknik inceleme ve komisyon kararlarından sonra meskûn bir topluluğun bir kısmının veya tamamının kaldırılarak başka mahallere toplu olarak veyahut dağıtılarak yerleştirilmesinin Cumhurbaşkanı Kararı ile Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından yaptırılacağını düzenleme altına almıştır.

7269 sayılı Kanun aslında afete hazırlık, afetin yönetimi ve afet sonrasında yapılacak iş ve işlemler ile yetkili otoriteleri düzenlemektedirken, sadece afetler meydana geldikten sonra hatırlanan bir kanun olmuştur. Sanırım bu düşüncelerin de etkisiyle, yeni bir kanun yapma ihtiyacı olmamış, bunun yerine 7269 sayılı Kanun üzerinde toplamda 44 kez değişiklik yapılmıştır. Her ne kadar Kanun; münferit hadiselerin önüne geçmek, afet öncesi öngörülü davranmak amacıyla çıkarılmış olsa da eklenen 13 ek madde, çıkarılan 27 ayrı geçici madde, aslında Kanun'un amacından bizzat kanun koyucu tarafından uzaklaştırılmış olduğunu, sisteminin ve ruhunun zarar gördüğünü göstermektedir. Kanun'un özellikle afet öncesine ilişkin emredici birçok hükmü de çeşitli sebeplerle uygulanamamış, amacına uygun bir şekilde pratiğe dökülmemiştir¹⁴.

7269 sayılı Kanun ile ilgili hak sahipliği konusunda ifadelerimizi bir sonraki başlıkta ifade edeceğimizden, genel manada şu iki vurguyu yapmak yerinde olacaktır:

1. Kanun'un afet öncesine ilişkin kısımlarının uygulanması, daha açık ifade etmek gerekirse afete maruz bölge ilanı ve ilan kapsamında gerekli taşıma, eski yerleri oturulamaz hale getirme, yeni yerleri de teknik özellikler dikkate alınarak inşa etme, başta mülki idare amirleri olmak üzere, tüm personelin 7269 sayılı Kanun'a göre eğitilmesi, afet sonrasında ortaya çıkabilecek olası olumsuzlukların ortadan kaldırılması için Kanun'un emrettiği şekilde hazırlıkların yapılması konusunda gerekli ihtimamın yetkili ve görevli idarelerce gösterilmesi,

2. Çağın insanının en büyük yaşam risklerinden birisini oluşturan ve teknolojik afet olarak adlandırdığımız afet türünün afet tanımına dahil edilerek, afet hazırlığı denildiğinde teknolojik afetlere hazırlığın da kast edildiği yasal düzenlemeye yer verilmelidir.

¹² Afete maruz bölgeler belirlendikten sonra, belirlenen alanlarda inşaat müsaadesi verilmesi halinde idarenin sorumluluğunun doğacağı hakkında bkz. Danıştay 6.D., 23.6.2022, E.2022/2544, K.2022/7449.

¹³ Danıştay 6.D., 17.11.2021, E.2021/4982, K.2021/12643.

¹⁴ Mersin'in Erdemli ilçesinin Doğusandal Köyünde 1968-1969 yılında 10 hanenin ileride heyelandan etkileneceği düşünülerek nakli önerilmiş, müsait bir zemin sahasına nakledilmiş, afetzedelerin yerleşim yerinde kalan konutlarını 7269 sayılı kanun 14.üncü maddesi gereği yıkılması gerektiği halde konutların yıkılmadığı tespit edilmiştir. Aynı ilçenin Koramsalı Köyünde 1968-1969 yılında köy sınırları içerisinde yıkık ev olmadığı ancak 29 hanenin hasar gördüğü 4 hanenin de ileride heyelandan etkileneceği düşünülerek toplam 33 hanenin nakli önerilmiş, müsait bir zemin sahasına nakledilmiş, 7269 sayılı Kanun 14. maddesi gereği nakledilen konutların konutları yıkılmadığı gözlenmiştir. ŞEN, Savaş Cemil: Erdemli (Mersin) İlçesinde Yağışlara Bağlı Olarak Gelişen Heyelanların İncelenmesi, Çukurova Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Jeoloji Mühendisliği Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Adana 2009, s.55.

III. 7269 SAYILI KANUN KAPSAMINDA HASAR TESPİTİNİN YAPILMASI, HAK SAHİPLİĞİNİN BELİRLENMESİ VE İDARELERİN AYKEN TAZMİN GÖREVİNİ İFASI

Afet riskinin vukuu halinde, 7269 sayılı Kanun ve Afet Sebebiyle Hak Sahibi Olanların Tespiti Hakkındaki Yönetmelik¹⁵ hükümlerine göre, yapılacak iş ve işlemler belli bir dizgide ifade edilmiştir. Buna göre sırasıyla ifade etmek gerekirse;

1. Afete uğramış bölgeler, ilgili Bakanlığın önerisi ve Cumhurbaşkanının kararı ile ilan edilir. Tespit ve ilan olunan afet bölgelerine dahil şehir, belde ve köylerde bina ve mesken yapımı, fen kurullarınca tehlikeli görülen ve sınırları krokilerle tespit olunan yerler, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından yapı ve ikamet için yasaklanmış afet bölgeleri sayılır ve durum, belediyesi olan yerlerde belediyesince, köylerde ise ihtiyar meclislerince hemen ilan edilir. Belediye olan yerlerde belediyeler, olmayan yerlerde ihtiyar meclisleri bu yasaklanmış afet bölgesi hükmünü uygulamakla görevlidir.

2. Bölge içerisinde kalan resmi ve özel bütün yapılar içerisinde yeniden yapılacak, değiştirilecek, büyütülecek veya esaslı tamir görecektir olanların teknik şartları, Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar Hakkında Yönetmelik¹⁶ ile tespit edilmiştir. Bu yönetmelik kapsamında inşa edilecek tüm yapıların da yine Deprem Bölgelerinde Yapılacak Binalar Hakkında Yönetmelik¹⁷ ile Yapı Malzemeleri Yönetmeliğine¹⁸ uygun olması şartı aranmaktadır. 7269 sayılı Kanun'un 14. maddesine ve Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar Hakkında Yönetmelik'in 4. maddesine göre, yapı ve ikamet için yasak bölge sayılan yerlerde bina yapılamaz ve mevcut binalar onarılamaz. Ayrıca yapay dolgu zeminler üzerinde, inceleme ve değerlendirme yapılarak özel önlem alınmadıkça bina yapılamaz. Çığ düşmesi, kaya düşmesi veya yer kayması afetlerinden herhangi birine uğrayan ve bu afetlerden biri için 7269 sayılı Kanun'un 2. ve 14. maddelerine göre afet bölgesi olduğu kararname ile tespit ve ilân edilen yerlerde bina yapılamaz ve mevcut binalar onarılamaz.

3. Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar Hakkında Yönetmelik hükümlerine aykırı olan yapılar ile ilgili olarak yetkili merciler tarafından yapı sahiplerine tebligat yapılarak, en çok 3 aylık süre içinde hatanın ve tehlikeli durumun giderilmesi bildirilir. Verilen süre içinde sahiplerince ıslah edilmeyen bina veya bina kısımları belediye hudutları ve mücavir saha dahilinde belediye encümenlerince diğer yerlerde ise, il veya ilçe idare kurullarınca, yıkma parası yıkıntı malzemesinden karşılanmak, yetmemesi halinde kalan kısmı afetler fonundan tamamlanmak üzere yıktırılır.

4. Hasar tespit raporu düzenlenmesi için Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından fen kurulları oluşturulur. Fen kurulları, bakanlık personelinden oluşabileceği gibi, Bakanlık personeli eksikliği olması durumunda, diğer kurumlardan da görevlendirme yapılabilir. Fen kurulları tarafından, afetin meydana geldiği arazinin durumu ile bütün yapılar ve kamu tesisleri incelenerek, hasar tespit raporu düzenlenir.

5. Arazinin tehlikeli durumu ve binaların gördüğü hasar bakımından yıktırılması ve boşaltılması gerekenler hakkında, yapı sahibine bilgi verilir ve yanı sıra o il ve ilçenin en büyük mülki idare amirine ayrı bir rapor verilir. İlgili makamlarca böyle binalar derhal boşalttırılır. Yıkılması gerekenler için en çok 3 gün süre verilerek tehlikenin giderilmesi sahiplerine bildirilir. Mahallinde sahibi bulunmadığı takdirde durum, mahalli vasıtalarla ilan edilmek suretiyle, bildiri yapılmış sayılır.

6. Üç günlük süre içerisinde yetkili kurullara itiraz edilebilir. Yapılan itirazlar da en geç üç gün içerisinde karara bağlanır. Süresinde itiraz olunmayan yahut itiraz olunup da idare kurullarınca yıkılması onaylanan binalar, mal sahibi tarafından yıkılmadığı takdirde bu binalara el konularak yıkma parası yıkıntıdan elde edilecek malzeme bedelinden ödenmek üzere, mahallin en büyük mülkiye amirinin emri ile yıktırılır. Hasar görmüş, fakat ıslahı mümkün olan binaların fen kurullarının göstereceği şartlara göre tamiri yapıncaya kadar içine girilmesine ve oturulmasına izin verilemez. Bu binalar 1 yıl içinde tamir ettirilmediği ve itiraz da olmadığı takdirde ifade edilen esaslar dahilinde yıktırılır. İtiraz halinde, bu itiraz yukarıdaki mahalli idare kurullarınca 5 gün içinde incelenir ve karara bağlanır. İtiraz sebepleri yerinde görüldüğü takdirde süre 6 ay daha uzatılır. Afete uğrayanların veya uğraması muhtemel olanların buldukları yerlerde veya başka yerlerde geçici olarak barınmalarını sağlamak üzere, baraka ve konutlar inşa edilebilir, ettirilebilir, kiralanabilir veya satın alınabilir.

Hasar Tespit Raporlarının İdari İşlem Niteliği ve Yargısal Denetimi;

7. Fen kurulları tarafından düzenlenen teknik mahiyetteki hasar tespit raporlarına mahallî ilân tarihinden itibaren otuz gün içinde itiraz edilebilir ve hasar tespit raporları ancak asıl işlemlerle birlikte dava konusu edilebilir (7269 SK m.13/a,f.6). Kanunda asıl işlemde kast edilen ise yıkım, tahliye ya da hak sahipliği gibi işlemlerdir. Kanun koyucunun düşüncesine göre, hasar tespit raporu, tek başına idari işlem niteliğinde olmadığından muhatabı olan kişi önce asıl işlemin tesisini bekleyecek, ardından yasal süresi içerisinde dava açma hakkını kullanacaktır. Hasar tespit raporlarının tek başına dava konusu edilmemesi, kanun koyucunun hasar tespit raporlarını hazırlık işlemi olarak nitelendirdiği, dolayısıyla da kesin ve yürütülebilir işlem olmadığı gerekçesiyle dava konusu edilemeyeceğini (İYUK m.14/1-d, m.15) amir bir

¹⁵ RG: 28.08.1968, 12988.

¹⁶ RG: 14.07.2007, 26582.

¹⁷ RG: 6.3.2007, 26454.

¹⁸ RG: 8.9.2002, 24870.

şekilde düzenlemiş olduğu sonucuna ulaşılmasına neden olmaktadır¹⁹²⁰. Ancak hasar tespit raporu sonucunda alınan yıkım kararı, kira yardımından yararlandırmama ya da tahliye kararının beklenmesi gibi asıl işlemler uygulanmakla etkisi tükenecek işlemler kategorisindedir. Uygulanmakla etkisi tükenecek işlemler, derhal yürütmenin durdurulması kararı verilmediği takdirde işlemin bütün sonuçlarının ortaya çıkmış olacağı, davacının daha sonra verilecek bir yürütmenin durdurulması kararı ya da iptal kararı ile dahi talep ettiği hukuksal sonuca ulaşamayacağı açık olan işlemlerdir²¹. Başka bir anlatımla, hasar tespit raporu sonrasında alınan yıkım kararı, re'sen icra edilebilirlik özelliği gereğince karar alınır alınmaz uygulanacağından davacının iptal davası açması anlamsız hale gelebilecektir.

Kanun lafzında hasar tespit raporlarına itiraz ihtiyari olarak düzenlenmiştir. Yani muhatap, hasar tespit raporuna hiç itiraz etmeksizin, asıl işlemin tesisini bekleyerek dava konusu edebilecektir. Ancak bu durumda, rapora ihtiyari olmasına rağmen hiç itiraz edilmemiş olması, yargı uygulamalarında davacının içeriği kabul etmiş olduğu sonucunun çıkarılmasına sebebiyet verebilecektir. Diğer yandan da hasar tespit raporuna yapılacak itirazlar, zarar gören kişinin hak sahipliğinin gerçekleşmesine de engel olmaktadır. Bu durumda bize göre izlenmesi gereken en önemli yol, hasar tespit raporunun ihtirazi kayıt konularak kabul edilmesidir. İhtirazi kayıt sayesinde, başvurunun bir yandan kendisine Kanun'un tanıdığı ayrıcalığın temininin sağlanması, bir yandan da hukuksuzluk iddiasına karşı mahkemeye erişimin önü açılmış olacaktır.

İdari işlemlerin temel özelliği, işlemin kendisine yönelik tesis edildiği muhatapı yeni bir hukuksal statü içerisine sokmasıdır²². Hasar tespit raporu, muhatabının sahibi olduğu ya da arasında 7269 sayılı Kanun kapsamında kabul edilebilir bir hukuki ilişki bulunduğu ev, işyeri, ahır vb objeyi “ağır”, “orta” ya da “hasarsız” statüsü içerisine sokmaktadır. Yapılan bu sınıflandırma ya da derecelendirmeler de muhatabın 7269 sayılı Kanun'un bağladığı sonuçlarla karşılaşmasını garanti etmektedir. Nitekim yıkım, tahliye, kira yardımından faydalandırma ya da faydalandırmama, bahse konu raporun içeriğine göre değişkenlik arz eden sonuçlardır. Muhatabın, sahibi olduğu ya da arasında hukuken ilintilendirilebilir bir rabıta kurduğu objenin statüsünü değiştiren tasarrufun; “idari işlem” sayılmaması, hukuken kabul edilebilir değildir²³. Nitekim idari işlemlerin kesin ve yürütülebilir olması, idari işlemin objektif yapısına ilişkindir. Oysa ki, idari işlemlerin iptal davasına konu olup olmaması bakımından tespit gerektiren olgu, muhatapı üzerindeki etkisi, bir başka ifadeyle de menfaat koşuludur²⁴. Sezginer'e göre:

“bir idari işlemi yapan makam, o işlemle ilgili olarak nihai iradesini açıklamış ve işlemle ilgili yapılacak herhangi bir şey yoksa, işlem kesindir. Final işleme ulaşmak bakımından diğer bir makâmın bir işlemi veya onayı gerekiyorsa, bu durum işlemin kesinlik niteliğine zarar vermez, onu ortadan kaldırmaz”²⁵.

Teorik görüşleri, somut tartışmaya uyarlayacak olursak, hasar tespit raporu, münferiden bir yapının hasar derecesini gösterir teknik bir bulgudur. Salt ilmi bir kanaatin tezahürü değildir. İdarenin mezkûr rapora istinaden yıkım, tahliye, kira yardımı verme veya vermeme gibi kararları verebilmesi ise başka bağımsız bir işlemdir. Hasar tespit raporu ile nihai işlem arasında maddi ve hukuki yönden bağlantı olması, işlemlerin kanun koyucunun iradesine rağmen, bağımsız olduğu sonucunu değiştirmez. Türk idari yargı uygulamasında, farklı işlemlerin birbirinin nedeni olmasına rağmen, birçok tasarruf “idari işlem” sayılarak iptal davasına konu edilebilmektedir²⁶. Bu nedenle hasar tespit raporunun, tek başına iptal davasına konu edilebileceği, kanundaki açık hükme rağmen, Anayasamızın 125. maddesi, İYUK m. 2 ve en önemlisi hukuk devleti ilkesi ile iptal davasının amacı, idari işlemin tanımı gibi olgular ışığında kabul edilmelidir. Aksi durumda, pozitif kurallardaki dizgenin takip edilmesi halinde hasar tespit raporunun hukuksallığının sorgulanması, depremzede için fiilen anlamını kaybedebilecektir.

Kanun koyucunun bize göre iki alternatifli düzenleme yapması gereklidir:

¹⁹ 7269 SK m.13/a.f.6'daki düzenleme, 29.5.2003 tarihinde 4564 sayılı Kanunla yapılmıştır. Yapılan kanun değişikliğinin gerekçesine bakıldığında: “Madde ile, hasar tespit raporlarının münferiden dava konusu edilmemesi amaçlanmıştır. Doğal afetlerin ve özellikle depremlerin hemen akabinde ön hasar tespitleri valilik ve yerel idarelerce, nihai hasar tespitleri ise Bayındırlık ve İskân Bakanlığınca oluşturulan fen heyetlerince yapılmaktadır. Hasar tespitleri yapılacak işlemlere esas olmak üzere, teknik rapor içeriğinde bir hazırlık ve maddi durum tespiti mahiyetinde düzenlenmekte, asıl işlemler olan hak sahipliği ve yıkım gibi işlemlere veri teşkil etmektedir. Hasar tespit raporlarının nihai bir işlem olmaması, yapılan başvuru üzerine idarece mükerrer olarak düzenlenebilmesi, idare kurullarınca itiraz üzerine veya artçı depremlerle hasar oranlarının değişebilmesi gibi nedenlerle ve Danıştay yerleşik içtihatları ile paralellik sağlanması amacıyla, bu raporların nihai ve icrai bir işlem gibi münferiden dava konusu edilmemesi yönünde düzenleme yapılmıştır. Böylelikle hem afetzedelerin zor deprem koşullarında hasar tespit, hak sahipliği ve yıkım gibi işlemleri ayrı ayrı dava konusu etmesi önlenmiş olacak, hem de idare açısından ön hasar tespitlerinden konutların teslimine kadar olan süreç kesintiye uğramadan daha sağlıklı bir şekilde yürütülebilecektir” denilmiştir (<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c015/tbmm22015086ss0143.pdf>, (Erişim: 31.7.2023).

²⁰ Hasar tespit raporunun idari işlem olmadığı ve iptal davasına konu edilemeyeceğine ilişkin bkz. Danıştay 11.D., 12.5.2005, E.2004/5324, K.2005/2421; Danıştay 11.D., 15.5.2007, E.2006/1985, K.2007/5198.

²¹ Uygulanmakla Etkisi Tükenecek İşlemler konusunda bkz. BAĞRIAÇIK, Ahmet: “Yürütmenin Durdurulması Kurumunda Uygulanmakla Etkisi Tükenecek İşlem Sorunsalı”, SÜHFD., 29(1), 2021, s.695-723. GÖK, Hasan: “İdari Yargıda 6352 Sayılı Kanun İle Meydana Gelen Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, İstanbul Barosu Dergisi, 86(6), 2012, s.118.

²² AYM, 11.12.1997, E.1997/70, K.1997/132.

²³ İdari işlemler, üçüncü kişileri ya da nesnelere etkileyen, dışsal hukuki etkiye sahip olan tasarruflardır. AKYILMAZ, Bahtiyar: İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemler Yapılış Usulü, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s.45.

²⁴ ERKUT, Celal: “İdari Davaya Konu Olabilecek Kesin ve Yürütülebilir İşlem Kavramı”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi (1-4 Mayıs 1990), Birinci Kitap, İdari Yargı, Ankara 1991, s.111.

²⁵ SEZGİNER, Murat: İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin Yayın, Ankara 2000, s.46-47.

²⁶ İmar Kanun'unun 32. maddesine göre belediye encümeninin yıkım kararı almasından önce belediyenin fenni mesullerince tesisi zorunlu olan, bir sureti muhtara ibraz, bir sureti de yapı yerine yapıştırlarak tefliğ edilen ve kaçak yapı yaptığı iddia edilen kişiye aykırılığı belirterek, aykırılığı ortadan kaldırması için süre veren ‘Yapı Tatil Tutanağı’, idari yargının istikrarlı kararları ile yıkım kararının hazırlayıcısı niteliğinde bir tasarruf olmasına rağmen, idari işlem sayılarak iptal davasına konu edilebilmektedir.

- Hasar tespit raporunun asıl işlemle birlikte dava konusu edilmesi zorunluluğunun kaldırılması,
- Ya da hasar tespit raporunun iptal davasına konu edilemeyeceği konusunda ısrar edilirse de asıl işleme karşı açılacak davanın doğrudan işlemin icrasını durdurucu bir mahiyete kavuşturulması yönünde yasa değişikliği yapılmalıdır. Nitekim Türk hukukunda, dava açılmasının doğrudan icrayı durdurucu etkiye sahip olduğu örnekler vardır. Örneğin yabancıların sınır dışı edilme kararlarına karşı açılan davalarda, ayrı bir yürütmeyi durdurma kararına gerek olmaksızın dava sonuna kadar dava konusu işlem, icraya konulamaz²⁷. Yine vergilendirme işlemlerinin tahsili, şartları varsa açılan dava sonuçlanıncaya kadar icra edilemez (İYUK m.27/4). Aynı düzenlemenin gerekirse, İYUK m.20/A, B, C bentlerinde örnekleri görüldüğü gibi özel bir idari yargılama usulü geliştirilerek, 7269 sayılı Kanun'dan kaynaklanan uyuşmazlıkların da böylesi özel bir usulle çözümlenmesini temin etmek, işlemin yürütülmesinin durdurulmasını sadece mahkemelerin insiyatifine bırakmamak gerekir. Yapılacak bu düzenlemeye paralel olarak keşif, bilirkişi incelemesi de süreçlere dahil edilerek, kısa bir zaman içerisinde yargılamanın bitirilmesi, genel yargılama usulünün dışında değerlendirilme yapılması temin edilmelidir.

Uygulamada hasar tespit raporuna karşı açılan davalarda bulabildiğimiz en sıra dışı karar, Gaziantep Bölge İdare Mahkemesinin Elâzığ depremi sonrasında bir yurttaşın yapmış olduğu istinaf başvurusuna ilişkin verdiği bir karardır. Davaya konu kararda istinaf mahkemesi özetle şu gerekçelerle karar vermiştir:

"(...) gerek bakılan davaya ilişkin dava dilekçesinde, gerekse Elazığ 1. İdare Mahkemesinde E:2022/390 sayılı dosyayla derdest olan dava dilekçesinde davacı vekili tarafından ısrarla taşınmazlarına ilişkin alınan ilk hasar tespit durumunun "hafif hasar" olduğu hususuna ilişkin iddiada bulunulduğu, davacı vekilinin beyanına göre yapı hakkında alınan "ağır hasar tespiti" işlemine ilişkin edinilen somut bilgiye ise ancak dava konusu işlemin tebliği ile ulaşıldığı, başka bir ifadeyle uyuşmazlık konusu yapıya ilişkin yıkım tebligatının, "ağır hasar tespiti" işlemine ilişkin tebligattan önce olduğu, bu nedenle davacı tarafından önce yıkım işlemine karşı Elazığ 1. İdare Mahkemesinin E:2022/390 sayılı dosyasına kayden dava açıldığı, sonrasında ise ağır hasar tespiti işlemine karşı bakılan davanın açıldığı görülmüş olup "ağır hasar tespiti" işlemine karşı, yıkım işleminden ayrı olarak dava ikame edilmesinde mevcut dosya durumuna göre davacıya izafe edilecek kusur bulunmadığı hususu nazara alındığında, uyuşmazlığın özüne ilişkin olarak inceleme ve değerlendirmede bulunulmak suretiyle işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken davanın incelenmeksizin reddi yolunda verilen kararda isabet bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır. / Kaldı ki, yukarıda aktarılan yasa hükmünde belirtilen "hasar tespit raporlarının ancak asıl işlemlerle birlikte dava konusu edilebileceği"ne ilişkin hüküm; "hasar tespiti" raporlarının ancak asıl işlem tesis edildikten sonra "dava edilebilir nitelikte bir idari işlem" olacağı, başka bir ifade ile ancak "yıkım, tahliye, hak sahipliğinden yararlanma veya yararlanmama" gibi asıl işlemlerin tesis edilmesiyle hasar tespit raporlarının icrai vasıf kazanacağını ifade etmekte olup İdare Mahkemesinin kabulünün aksine "hasar tespit raporlarının" asıl işlemlerle birlikte aynı dava dilekçesi ile aynı anda dava konusu edilebilmesi yolunda getirilmiş amir bir usul hükmü olarak değerlendirilmesi olanaklı değildir"²⁸.

Aktardığımız kararda istinaf mahkemesinin bize göre iki tespiti vardır:

- Olayda önce yıkım kararı, sonra hasar tespit raporu tebliğ edildiği için hasar tespit raporunun davaya konu olmasında hukuki bir engel bulunmadığı kararlaştırılmıştır.

- Mahkeme, bizim de ifade ettiğimiz gibi, hasar tespit raporunu asıl işlemten ayrı bir işlem olarak görmekte ve her ne kadar bu kısma katılmasak da şartlar oluştuktan sonra (asıl işlemin tesisi) ayrı ayrı davaya konu edilebileceğini içtihat etmektedir.

8. Afet dolayısıyla hasara uğramış şehir ve beldelerin imar planı mevcut olup da planın Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından değiştirilmesi gerekli görülmediği takdirde, inşaata izin verilir. Mevcut imar planının kısmen değiştirilmesi gerekli görülen şehir ve kasabalarda, bu değişiklik planları, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından 5 ay zarfında yaptırılır. İmar veya istikamet planı olmayan veya olup da tamamen değiştirilmesi gereken yerlerde halihazır harita ve imar veya istikamet planı öncelikle Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından yapılır veya yaptırılır. Bu planlar yapılıncaya kadar gelecekteki planlara göre esaslı inşaat yaptırılmasına Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından izin verilebilir. Yukarıda yazılı hallerde veya yerinin değiştirilmesi gereken şehir ve kasabalarda ilgililerin afetten masun yerlerde gösterilecek arsalar üzerinde, ilk barınma tedbiri olarak geçici baraka inşasına izin verilebilir. Bu türlü geçici inşaatın, imar planı olan yerlerde, afetin vukuundan; imar planı olmayan veya değiştirilen veya yerleri değiştirilecek olan şehir ve kasabalarda, yeni planların onanmasından itibaren bir yıl içinde sahipleri tarafından yıkılması mecburidir. Aksi halde masrafları yıkıntı bedelinden ödenmek üzere mahallin en büyük mülkiye amirinin emri ile belediyelerce yıktırılır. Bu bir yıllık süre zaruret halinde ilgili valiliğin teklifi üzerine Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından gerektiği kadar uzatılabilir.

9. 7269 sayılı Kanun'a göre afet sebebiyle Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığınca lüzum görülecek yerlerin kadastro ilanların yapılmasına kadastro komisyonlarının kurulmasına lüzum kalmaksızın kadastro postalarına belediyece ve köy ihtiyar heyetince iki bilirkişi vermek ve tasarruf tetkikleri, mahalli kadastro müdürü ve tapu memuru tarafından ifa olunmak suretiyle 3402 sayılı Kadastro Kanun'una göre öncelikle Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğüne yaptırılır. Anlaşmazlıklar mahalli mahkemelerce çözülür. Sözü edilen kadastro işlerine ilişkin uygulama Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından yapılır.

²⁷ Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m.80/1-E.

²⁸ Gaziantep BİM 2. İDD., 6.10.2022, E.2022/2654, K.2022/1580.

10. Yıkılan, yanan veya ağır hasara uğrayan veya uğraması muhtemel olan binalarla imar planları gereğince kamulaştırılmasında zorunluluk bulunan yerlerdeki binalarda oturan ailelere hak sahibi olmak şartıyla konut yaptırılır veya kredi verilir. Fakat belirlenen hakların tanınmasında farklı ihtimaller vardır. Bunlar;

- Kendilerine ait olmayan arsa veya arazi üzerine inşaat ruhsatı almaksızın bina inşa eden yapı sahipleri ile yer kayması, su baskını ve benzeri sebeplerle imar planında yapı yapılması sakıncalı olarak belirlenen yerlerde ruhsatsız olarak yapılan yapıların sahipleri hak sahibi olarak kabul edilmez. Ancak 6 Şubat 2023 tarihinde meydana gelen depremle ilgili olarak çıkarılan 7269 sayılı Kanun'un geçici 27. maddesine göre;

“...genel hayata etkili afet bölgesi olarak kabul edilen yerlerde Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı fen heyetleri tarafından tespit edilmiş olan yıkık veya ağır hasarlı konut, işyeri ve ahır sahibi afetzedeler için bu Kanun hükümleri gereğince hak sahibi olmak ve borçlandırmaları yapılmak kaydıyla konut, işyeri, ahır ve her türlü altyapı ve sosyal donatıların inşası veya kredi desteği sağlanmasına ilişkin olarak 29 uncu maddenin sekizinci fıkrasında belirtilen hususlar aranmaksızın işlem yapılır. Ayrıca belirtilen işlemlerin yapılmasında aynı maddenin üçüncü fıkrasında yer alan kısıtlamalar da uygulanmaz.”

Böylece, 6 Şubat depreminde zarar gören yurttaşların ruhsatsız, imar planında yapı yapılması sakıncalı yerlerde, kendisine ait olmayan arsa veya arazi üzerinde bina inşa eden kişiler de yapıları ile ilgili diğer şartlar ışığında hak sahibi olabileceklerdir. Bize göre bu düzenleme ile kamuoyunda imar barışı yasası olarak bilinen 3194 sayılı İmar Kanun'un geçici 16/10. maddesinde bulunan: “Yapının depreme dayanıklılığı hususu malikin sorumluluğundadır” normu yıkık ve ağır hasarlı binalar için zımnem ilga olmuştur. 7269 sayılı Kanun'un geçici 27. maddesi, yapılan yapıların kaçak, imar barışından faydalanmış faydalanmamış olmasına bakmaksızın hak sahibi olabileceklerini düzenleyerek yapı kayıt belgesi alan kişilerin de 7269 Sayılı Kanun'un vereceği haklara taraf olabileceğini kabul etmiş olmaktadır²⁹. Fakat orta hasarlı olarak tespit edilen ve güçlendirilmesi fen ve sanat kurallarına göre elverişli olmadığı için yıktırılan konut, işyeri ve ahırlarda kendilerine ait olmayan arsa veya arazi üzerine inşaat ruhsatı almaksızın bina inşa eden yapı sahipleri ile yer kayması, su baskını, kaya düşmesi ve benzeri sebeplerle imar planında yapı yapılması sakıncalı olarak belirlenen yerlerde ruhsatsız olarak yapılan yapıların sahipleri, hak sahibi olarak kabul edilmeyecektir. Yıkılmış veya ağır hasarlı ise ayrımsız hak sahibi olunabilecek iken; orta ya da hafif hasarlı ise sayılan nitelikte olan yapıların sahipleri, hak sahibi olamayacaklardır.

- Hak sahibi ebeveyni ile birlikte oturan evli kişilerin bulunması halinde, sadece ebeveyne ait olmak üzere bir konut verilir.

- Kendisine veya eşine ait o yerde aynı cins müstakil hasarsız başka bir binası veya dairesi olan ailelere bina ve inşaat kredisi verilemez. Burada geçen “o yerde” kavramından ne anlaşılması gerektiği de önem arz eden bir husustur. Kastedilenin afetin yaşandığı yerleşim yeri olduğu anlamı çıkarılabilir. Fakat özellikle büyükşehir olan yerlerde 6360 sayılı Kanun ile 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanun'unda yapılan değişikliklerle, mülki sınırın büyükşehir belediyesi olarak değiştirildiği, bu durumun da “o yer” tanımını, afette evi yıkılan kişinin örneğin yaşadığı ilçede değil de o ilin başka bir ilçesinde ya da kent merkezinde evi varsa hak sahibi olabilecek midir? Büyükşehir sınırlarında olan ve mahalleye dönüştürülen köylerde evi yıkılan ama ilçe merkezlerinde evi olan kişiler için de “o yer” mahalle mi? Mahallenin bağlı olduğu ilçe mi? Yoksa il merkezi midir? Ya da mezrada evi yıkılan bir yurttaşın durumu nasıl değerlendirilecektir? Bu soruların cevapları, izaha muhtaçtır. Yapılması gereken bize göre, bulunulan lokasyon özelinde ev sahibi olup olunmadığının araştırılmasıdır. Başka bir mahalle, ilçe ya da kenti merkezi veya başka bir ildeki, başka bir ile bağlı ilçedeki ev, hak sahibi olmaya engel teşkil etmemelidir.

- Yıkık olduğu veya ağır, orta ve az derecede hasar gördüğü belirlenen binalardan mülkiyeti tüzel kişilere ait olanlara yardım yapılmaz. Kanun koyucu, tüzel kişilere yardım yapılmayacağını açık ve yoruma kapalı bir şekilde belirtmiştir. Tüzel kişilerin bütünsel olarak yasaklanması, hak sahipliğinden mahrum bırakılması, bize göre yerinde değildir. Özellikle de amaçları kar elde etmek olmayan salt sosyal amaçlarla kurulan derneklerin, vakıfların hak sahibi sayılmaması kabul edilebilir değildir.

- Afete uğramasıyla ekonomik ve sosyal hayatı kesintiye uğratan dükkân ve fırın gibi binalar için de sahiplerine, borçlandırma hükümleri dairesinde, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığınca belirlenecek esaslara göre inşaat kredisi verilebilir. O yerde kendisine veya eşine ait müstakil hasarsız başka bir işyeri bulunanlar bu yardımdan faydalanamazlar. Kanun koyucunun tercih ettiği “ekonomik ve sosyal hayatın kesintiye uğraması” ve “dükkân, fırın gibi binalar” tabirleri, bize göre idarenin takdir yetkisinin net bir şekilde sınırını çizmeden tanzim edilmiştir. Zira söz konusu kanun hükmünü uygulayacak kamu görevlilerinin, Kanun'un konuluş amacını ortadan kaldıracak şekilde sınırlayıcı ya da sınırlarını aşacak bir şekilde yorum yapmasına müsaade edilmemesi gerekir. Eğer kanun koyucu, ihtiyaç olan düzenlemeyi yapmaz ise de Bakanlığın düzenleyici işlemler yoluyla “ekonomik ve sosyal

²⁹ Böyle bir düzenleme olmasaydı dahi, kanun koyucunun deprem sorumluluğunu vatandaşın sorumluluğuna bırakması, idare hukukunun inkarıdır. Çünkü imar denetimi, bir kolluk yetkisidir ve kolluk yetkisi, konusu kamu hizmeti, enstrümanı ise kamu gücü alanı olan, diğer idare hukuku ilişkilerinde olduğu gibi idare ile yurttaş arasındaki ilişkinin, sözleşmesel değil, tek taraflı ve statüsel olduğu bir alandır. Başka bir deyişle, bireyin idare ile eşit statüde olmadığı, idarenin yasallık zemininde kuralları özne hale getirdiği, yurttaşın da kuralı, hukuk sınırları içerisinde, uygulamak zorunda olduğu sahada, sorumluluğu idareye değil de yurttaşın bırakmak, bunu da kanunla yapmak kabul edilebilir değildir. Zira idarenin çalışma sistemi, yetki ve sorumluluk esasına göre.

hayatın kesintiye uğraması” ve “dükkan, fırın gibi binalar” tabirlerinin ne anlama geldiğini ve nasıl yorumlanacağını açıklaması, otoritelerin farklı yorum yapmalarına müsaade etmemesi gerekir.

- Hasarlı bina veya işyeri sigortalı ise, yapılacak yardımdan sigorta tutarı indirilmez.

- Zorunlu deprem sigortası kapsamındaki binalar için Devletin konut kredisi açma ve bina yaptırmaya yükümlülükleri, zorunlu deprem sigortası yaptırılmamış olmasının tespit edilmesiyle birlikte ortadan kalkar. Zorunlu deprem sigortası yaptırmayanlar, 7269 sayılı Kanun’un sunduğu haklardan istifade edemezler. Ancak ülkemizde bu kural genel olarak uygulanmamaktadır. Çünkü 7269 sayılı Kanun’un 29. maddesinde getirilen kurala, geçici olarak uygulanmazlık getiren norm, aynı Kanun’un geçici 26. maddesidir. Geçici 26. maddeye bakıldığında 2.3.2017-27.12.2020 tarihleri arasında yurdun çeşitli bölgelerinde meydana gelen afetler nedeniyle, sayılan illerde bulunan taşınmazlar, 7269 sayılı Kanun’un 29. maddesindeki amir ilkedden muaf sayılacakları düzenlenmiştir. Kahramanmaraş merkezli depreme ilişkin olarak ise 7269 sayılı Kanun’un geçici 27/ II. maddesi gereğince:

“...genel hayata etkili afet bölgesi olarak kabul edilen yerlerde Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı fen heyetleri tarafından tespit edilmiş olan yıkık veya ağır hasarlı konut, işyeri ve ahır sahibi afetzedeler için bu Kanun hükümleri gereğince hak sahibi olmak ve borçlandırmaları yapılmak kaydıyla konut, işyeri, ahır ve her türlü altyapı ve sosyal donatıların inşası veya kredi desteği sağlanmasına ilişkin olarak 29 uncu maddenin sekizinci fıkrasında belirtilen hususlar aranmaksızın işlem yapılır.”

Bu düzenleme ile deprem sigortası yaptırmayan yıkık veya ağır hasarlı bina sahiplerinin de hak sahibi olabilecekleri belirlenmiştir. Fakat orta hasarlı ya da hafif hasarlı ise sayılan nitelikte olan yapıların sahipleri, zorunlu deprem sigortası yaptırmamışlarsa hak sahibi olamayacaklardır.

- Elbirliği veya paylı mülkiyet halinde bulunan bina için hissedarlarına bu kanun hükümlerinden faydalanılarak yine aynı şekilde hisseli olmak üzere yalnız bir bina yaptırılır. Ancak, yıkılan, yanan, ağır hasara uğrayan yahut afetle ilgili kamulaştırma dolayısıyla yıktırılması gereken yerlerdeki binalarla, afete uğrayabilecek bölgelerdeki binalarda, birden fazla aile ikamet ettiği takdirde, her aile münferiden bu hükümlerden ayrı ayrı faydalanabilir.

- Hak sahipliği, ilişkin bulunduğu konut ya da işyeri için hüküm ifade eder; konuta ilişkin hak sahipliğin işyerine, işyerine ilişkin hak sahipliğin de konuta tebdili mümkün değildir. Afetzedelik ve buna ilişkin hak sahipliği üçüncü şahıslara devrolunamaz. Afetten zarar gören bir taşınmaz malı, afetten sonra satış veya başka şekillerle devralan üçüncü şahıslar da hak sahibi niteliğini kazanamazlar.

- Ölen bir kimsenin afetzedeliğe ve hak sahipliğine ilişkin hakları mirasçılarına geçer. Mirasçılar birden fazla ise, kendilerine ve eşlerine ait konutu olup olmadığına bakılmaksızın birlikte hak sahibi sayılırlar. Mirasçılar birlikte borçlandırılır. Ancak; mirasçılar istekleri halinde bu haklarından feragat edebilirler.

- 7269 sayılı Kanun’da yapılara ilişkin olarak kişilerle yapı arasındaki ilişkinin “sahiplik” olarak ifade edildiği, “malik” kelimesinin ise sadece Kanun’a sonradan eklenen geçici maddelerde kullanılmakta olduğu görülmektedir. Ancak Afet Sebebiyle Hak Sahibi Olanların Tespiti Hakkındaki Yönetmelik’in “Mülkiyet Durumunun Tevsiki” başlıklı 14. maddesinde ilgililerin mülkiyet rabitasına ilişkin durumlarının hangi belgelerle ispat edileceği düzenlenmiştir. Buna göre:

“Konut ve işyerlerine ilişkin mülkiyet rabitası sırasıyla, tapu senedi, tasarruf belgeleri, vergi kayıtları ve diğer resmi belge ve kayıtlarla tevsik olunur. Bu belge ve kayıtların bulunmaması halinde mahalle veya köy muhtarlıklarından alınacak ilgili mülkiye amirine tasdik ettirilmiş ilmühabere istinat edilir.³⁰”

Aktarılan durum, esasında afet nedeniyle zarar gören kişilerin, ellerinde bulundurdukları yapı ile aralarındaki ilişkinin hak sahibi olmak bakımından hangi hukuksal statüde bulunması gerektiğini açıkça ifade etmemektedir. Kanun koyucunun Kanun’un çıkarıldığı zaman dilimindeki ülkesel koşulları dikkate alarak “sahip” kelimesini kullandığını, “mülkiyet” şartını aramadığını yorumlamaktayız. Bu nedenle her ne kadar yönetmelikte mülkiyet durumunun tevsiki denilse de kast edilenin, yapı ile kişi arasındaki bağın, ispat edilebilir vesikalar yoluyla ortaya konularak hak sahipliğinin elde edilmesidir. Diğer yandan sonradan “Kanun” formunda çıkarılan ancak 7269 sayılı Kanun’daki usulle hak sahipliği yapılmasını emreden 4123 sayılı Tabii Afet Nedeniyle Meydana Gelen Hasar ve Tahribata İlişkin Hizmetlerin Yürütülmesine Dair Kanun’un ek 1. maddesine göre, tabii afet nedeniyle hasar gören:

a) İskan ruhsatı alınmış binalara ait afet tarihinden önce resmi şekilde düzenlenmiş satış vaadi senedine veya noterlikçe düzenlenmiş satış senedine sahip olanlara,

b) Fiilen oturulmasına rağmen iskan ruhsatı alınmamış konut sahipleri ile konut kooperatiflerinin üyelerine yalnız bir kooperatif ve tek bir üyelik için,

c) Ahır ve samanlık sahiplerine,

d) İşyeri sahiplerine,

7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun’da belirtilen borçlanma ve kredilendirme usulleri çerçevesinde hak sahipliği tanınacağı düzenlenmiştir. Burada da fark edildiği üzere 7269 sayılı Kanun’un uygulanacağını düzenleyen 4123 sayılı Kanun’da kimlerin “sahip” olacağı çok açıkça düzenlenmiş iken; kendisine atıf yapılan 7269 sayılı Kanun’da düzenleme olmaması, kendisine uygun olarak çıkarılması gereken bir yönetmelik ile dahi çelişen bir görüntü arz etmesi, hukuki belirsizliğe yol açabilecektir.

³⁰ Yönetmeliğin 15. maddesine göre: “Kıracı ve misafir durumunda olanlar, bu nitelikleri sebebiyle, hak sahibi olamazlar”.

- Bir kimse, konut ve işyerinin birlikte zarar görmesi halinde hem konut hem de işyeri için ayrı ayrı hak sahibi olabilir.

11. 7269 sayılı Kanun'dan faydalanmak suretiyle inşaat kredisi verilmesini ya da bina yaptırılmasını isteyenlerin, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nca yapılacak yardıma ilişkin olarak mahallî ilân tarihinden itibaren iki ay içinde mahallin en büyük mülki amirine yazılı başvuruda bulunmaları ve taahhütname vermeleri zorunludur. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı bu süreyi bir ay daha uzatmaya yetkilidir. Bu müracaatın yapılmasında ve alınmasında hasar tespit raporlarında yer alan hasar oranlarına bakılmaz. Kamulaştırma sahasındaki bina sahipleri için bu süre kamulaştırma kararının kendilerine bildirilmesi veya ilan tarihinden itibaren hesaplanır. Ancak 6 Şubat 2023 depremlerine ilişkin olarak 7269 sayılı Kanun'un geçici 27. maddesi ile müracaatların mülki idare amirliklerine ya da AFAD İl Müdürlüklerine yapılacağı düzenlenmiştir³¹. Bu durumda 6 Şubat 2023 depremlerine ilişkin hak sahipliği müracaatlarında, müracaat adresi AFAD İl Müdürlükleri ya da mülki idare amirlikleri olacaktır. Çünkü Kanun'un müracaatları düzenleyen 28. maddesinde AFAD İl müdürlüklerinin sayılmayıp, geçici maddede adres olarak belirtilmesi, hukuki öngörülebilirlik ilkesine aykırıdır. Esasında olması gereken vatandaşın, hangi adrese hangi il müdürlüğüne gitmesi sorunu değildir. Deprem yaşamış insanların mülki idare amirliği, Çevre, Şehircilik, İklim Değişikliği Müdürlüğü ya da AFAD İl Müdürlüğü'ne müracaat etmesinin beklenmesi yerine, herhangi bir devlet kurumuna yapacağı fiziki başvurusunun ya da müracaat makamının olduğu e-devlet başvurusunun geçerli sayılması gerekir³².

12. İhale suretiyle yapılacak inşaatlarda ihale tarihinden, emanet usulü ile yapılacak inşaatlarda emanet kararının alınmasından sonra Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığınca haklı görülmeyecek bir sebeple taahhüdünden dönenlerden, kusurlarının derecesine göre, belirli oranlarda tazminat alınarak fona yatırılır. Yapıların kendileri yapacak olanlardan ise, arsaların elde edilme işlemlerinin sonuçlandırılmasından sonra taahhüdünden dönenlerin; bunlara ait yapı ve arsalar satılarak muacceliyet kesbeden borçları kapatılır.

13. Hak sahibi niteliğini taşıyanların, talep ve taahhütname vermelerini sağlamak üzere durum mahallinde ilan olunur. İlan metninde, yapılacak inşaat yardımının amacı, mahiyeti, şekli, şartları, kimlerin hak sahibi olabilecekleri, talep ve taahhütname verme süresi ve benzer hususlar belirtilir. İlanın yapıldığı, bir tutanakla belgelendirilir.

14. Hak sahibi durumunda olanlardan, inşaat kredisi verilmesini ya da bina yaptırılmasını isteyenler ilan yapıldığı günden itibaren iki aylık süre içinde mahallin en büyük mülkiye amirine yazılı olarak talep ve taahhütname vermeleri şarttır. Afet gören yerlerin bitişiğinde veya yakınında, üzerinde bina yaptırılmak üzere tespit edilip imar planına dahil edilen kısımlar içinde binaları kamulaştırılanlar için bu süre, kamulaştırma kararının kendilerine bildirilmesinden veya bu durumun ilanından itibaren hesaplanır.

15. Talep ve taahhütname metninde: afet yerinin il, ilçe, belde, mahalle ve köy itibariyle adı, hak sahibinin kimliği ve adresi, olmuş veya muhtemel afetin türü, talebin mahiyeti ve konusu, kanundan ve ilgili yönetmelikten doğan yükümlülük ve şartlarla Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığınca uygulama metodu, yapı tipleri, yapı kısımları ve boyutları, yerleşme yeri, inşaat süresi, borçlandırma şekil ve süresi ve diğer konularda tespit edilecek şartlara ve esaslara uyulacağı belirtilir. Talep ve taahhütname bir tek metin halinde düzenlendikten sonra hak sahibi tarafından imza edilir ve ilgili mahalle ve köy muhtarlığınca tasdik olunur. 7269 sayılı Kanun kapsamında borçlandırma senedi imzalanarak hak sahiplerine verilen taşınmaza ait geri ödenecek bedellerin üst üste üç taksitinin ödenmemesi halinde, 7269 sayılı Kanun'un 40. maddesi uyarınca borcun tahsili yoluna gidilir. Ancak bilahare adı geçen Kanun'a, 12.07.2012 tarihinde eklenen geçici 23. maddesinde ise³³ aynı durum karşısında (üst üste üç taksitin ödenmemesi halinde) 17 Ağustos ve 12 Kasım 1999 depremleri nedeniyle başvuru yapan kişilerin hak sahipliğinin il idare kurulu kararıyla düşürülebileceği düzenlenmiştir.

16. Talep ve taahhütname, bu Yönetmelik'te nitelikleri belirtilen hak sahibi kimseler veya bunların vekilleri tarafından verilir. Reşit olmayanları, temyiz kudreti bulunmayanları veli ve vasileri temsil ederler.

³¹ 7269 sayılı Kanun'un Geçici 27. maddesine göre, 6.2.2023 tarihinde meydana gelen depremler nedeniyle genel hayata etkili afet bölgesi olarak kabul edilen yerlerde bu Kanundan faydalanmak suretiyle inşaat kredisi verilmesini ya da bina yaptırılmasını isteyenlerin hak sahipliği başvurusunun yapılacağına dair duyuru, mahallinde mülki idare amirliğince ve Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı resmi internet sitesinde ilan edilir. Duyuruda, ilan tarihinden itibaren iki ay içinde mahallinde mülki idare amirliklerine veya Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığınca belirlenen başvuru merkezlerine yazılı olarak ya da e-Devlet Kapısı üzerinden başvuru yapılabileceği belirtilir. Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı gerektiğinde başvurular için en fazla bir ay ek süre verebilir. Başvuru sonuçları, mahallinde mülki idare amirliğince, Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı resmi internet sitesinde ve e-Devlet Kapısı üzerinden ilan edilir. Bu fıkra uyarınca yapılacak ilanlar, 11.2.1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılmış tebligat yerine geçer. Hak sahibi kabul edilmeyenler, onbeş gün içinde mahallinde mülki idare amirliklerine veya Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı tarafından belirlenen başvuru merkezlerine yazılı olarak ya da e-Devlet Kapısı üzerinden itiraz edebilirler.

³² 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun'un 5. maddesinde "Dilekçe, konusuyla ilgili olmayan bir idari makama verilmesi durumunda, bu makam tarafından yetkili idari makama gönderilir ve ayrıca dilekçe sahibine de bilgi verilir" düzenlemesi bulunmaktadır. Böyle bir kanun varken, esasında "yanlış merciiye müracaat" gibi bir tartışmaya mahal bulunmamaktadır.

³³ 7269 sayılı Kanun'un geçici 23. maddesi: "17 Ağustos 1999 ve 12 Kasım 1999 tarihlerinde meydana gelen depremler sonucunda işyerlerinin ağır hasar görmesi nedeniyle bireysel borçlanmada bulunmuş veya bulunmamış hak sahiplerinden üst üste üç taksidini ödememiş olanların veya taksitlerini ödemekle birlikte kendi istekleriyle hak sahipliğinden vazgeçtiklerini bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içerisinde yazılı olarak beyan edenlerin hak sahipliği, il idare kurulu kararıyla düşürülür ve bu iş yerleri tapu siciline Hazine adına tescil edilir. Hak sahipliği düşürülenlerden tazminat alınmaz. Hak sahipliğinin düşürüldüğü tarihe kadar hak sahipleri tarafından ödenen tutar, Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı tarafından kanuni faizi ile birlikte hak sahibine geri ödenir".

Maddi ve usulü hatalar ve noksanlıklar talep ve taahhütnameyi hükümsüz kılmaz; ancak bu hataların ve noksanlıkların ilgililerce giderilmesi sağlanır. Bir bina için birlikte hak sahibi sayılanlar talep ve taahhütnamelelerini müştereken verebilecekleri gibi, ayrı ayrı da verebilirler.

17. Talep ve taahhütnameleler, ilgili mülkiye amirinin veya tevkil edeceği bir memurun başkanlığında:

a) Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği İl Müdürlüğünden bir,

b) Mahalli tapu dairesinden bir,

c) Belediye teşkilatı olan yerlerde Belediye encümeninden bir, köylerden ise ihtiyar kurulundan bir, temsilcinin katılmasıyla kurulacak bir komisyon tarafından incelenerek değerlendirilir.

18. Komisyon, talep ve taahhütnameleleri en kısa zamanda inceleyip değerlendirerek hak sahipleri listesini düzenler. İnceleme sırasında, hasar tespit, jeolog ve DSİ raporlarından da yararlanır. Talep ve taahhütname verenler arasında, Afet Sebebiyle Hak Sahibi Olanların Tespiti Hakkındaki Yönetmelikte tespit olunan esaslara ve kıstaslara göre hak sahibi niteliğini taşımayanlar varsa, bunlar gerekçeleriyle birlikte ayrı bir listede gösterilir. Listeler düzenlendikten sonra, komisyon üyeleri tarafından imzalanır ve durum ayrıca bir tutanakla belgelendirilir. Hak sahipleri listesi ile tutanaktan birer nüsha Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığına gönderilir.

19. Hak sahibi olmadıkları anlaşılanlara durum yazılı olarak tebliğ olunur. Bu tebligattan itibaren 15 günlük süre içinde ilgililer itirazda bulunabilirler. İtiraz komisyonca incelenerek karara bağlanır. Hak sahipleri ve itiraz konusunda nihai karar Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığınca verilir. Konuya ilişkin Danıştay'ın bir kararına konu olmuş örnek bir olayı vermek, yasal bilgiyi anlamlandırmak açısından kolaylaştırıcı olacaktır. Ankara İli, Çankaya İlçesi, 50. Yıl Mahallesinde Şubat 2012 tarihinde meydana gelen heyelan afeti nedeniyle konutu hasar görenlerin hak sahibi vasfını taşıyıp taşımadıklarının tespiti amacıyla oluşturulan Mahalli Hak Sahipliği İnceleme Komisyonunun 29.03.2013 tarihli kararı ile; davacının, mülkiyet belgesinin idarece geçerli kabul edilmemesi nedeniyle başvuru, hak sahibi kabul edilmemiştir. Anılan karara karşı yapılan itiraz, Mahalli Hak Sahipliği İtiraz İnceleme Komisyonunun 16.05.2013 tarihli kararı ile reddedilmiştir. Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının 01.07.2013 tarihli işlemi ile komisyon kararları incelenerek hak sahibi kabul edilen ve edilmeyenlere ilişkin nihai liste oluşturulup onaylanmıştır. Onaylanan listelerde, davacının başvurusunun komisyon kararları uyarınca reddedildiği belirtilmiştir. Bunun üzerine, davacı tarafından, Mahalli Hak Sahipliği İnceleme Komisyonunca hak sahibi kabul edilmemesi üzerine yaptığı itirazın reddine ilişkin Mahalli Hak Sahipliği İtiraz İnceleme Komisyonunun 16.05.2013 tarihli kararının iptali istemiyle dava açılmıştır. Yerel mahkeme, dava konusu 16.05.2013 tarihli Mahalli Hak Sahipliği İtiraz İnceleme Komisyonu kararının şekil unsuru bakımından hukuken geçerlik kazanmadığı, şekil unsuru açısından sakat bu karara dayanılarak davacının hak sahibi kabul edilmemesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı, 16.05.2013 tarihli Mahalli Hak Sahipliği İtiraz İnceleme Komisyonu Toplantı Tutanağını 3 üyenin "itiraz kaydı ile" imzalandığı, 16.05.2013 tarihli Mahalli Hak Sahipliği İtiraz İnceleme Komisyonu Kararını ise 5 üyenin "itiraz kaydı ile" imzaladığı, tutanak ile karar arasında çelişki bulunduğu sonucuna varılmıştır. Ancak Danıştay, temyiz incelemesinde son kararı Bakanlığın vermesi gerekirken, AFAD Başkanlığı'nın verdiği de dikkate alınarak esas yönünden de bir değerlendirme yapılması gerektiğini, dolaylı da olsa ifade etmiş, davacının 2981 sayılı İmar Affı Kanunu kapsamında yaptığı imar affı başvurusunun, davalı idarece tespit ve değerlendirme işlemlerinin tamamlanarak davacının hak sahibi olma niteliğini taşıyıp taşımadığının araştırılması ve bu araştırma sonucuna göre, 7269 sayılı Kanun kapsamında hak sahipliği hususunda yeni bir işlem tesis edilmesi gerektiğine hükmetmiştir³⁴.

Komisyonca süresi içerisinde itiraz edilmemesi ya da yapılan itirazın reddinden itibaren yasal süresi içerisinde dava açılmaması halinde, yasal süre geçtikten sonra Valiliklere hak sahibi olabilmek için yapılan müracaatlara Valilik tarafından verilen cevap, Danıştay'a göre bildirim niteliğinde olup, kesin ve yürütülebilir nitelikte olmadığından iptal davasına konu edilemez³⁵.

20. Talep ve taahhütname verenlerden hak sahibi oldukları tespit olunan afetzedelerden:

a) İhale suretiyle yapılacak inşaatlarda ihale tarihinden,

b) Emanet usulü ile yapılacak inşaatlarda emanet kararının alınması tarihinden,

c) Evini yapana yardım metodu uygulaması yapılacak yerlerde ise, arsaların elde edilmesi işlemlerinin sonuçlanmasından, önce yazılı olarak baş vurmak suretiyle hak sahipliğinden feragat edebilirler.

IV. 6 ŞUBAT 2023 DEPREMLERİ SONRASINDA OLUŞAN HUKUKİ DURUM

06.02.2023 günü, Türkiye saati ile 04:17'de ve 13:24'de sırası ile merkez üssü Pazarcık (Kahramanmaraş) ve Elbistan (Kahramanmaraş) olan 7.7 ve 7.6 büyüklüğünde iki deprem meydana gelmiştir. Deprem Akdeniz, Doğu ve Güneydoğu Anadolu Bölgesinde 11 ili³⁶ içine alan 108.812 km²'lik bir alanda etkili olmuştur³⁷. Yapılan resmî açıklamalara göre 50.500 kişi hayatını kaybetmiş, 57 bin 29 bina hasar görmüştür³⁸. Yaralanan, evsiz kalan, ikametgahını, işyerini terk etmek zorunda kalan insanların sayısı ya da depremin ülkemize olan maddi ve manevi etkisi rakamlara sığamayacak kadar çoktur. Depremden iki gün sonra, 8 Şubat 2023 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Cumhurbaşkanlığı kararı ile

³⁴ Danıştay 6.D., 2.3.2021, E.2019/13496, K.2021/2765.

³⁵ Danıştay 10.D., 14.3.1990, E.1987/1376, K.1990/764.

³⁶ Kahramanmaraş, Hatay, Adıyaman, Gaziantep, Malatya, Kilis, Diyarbakır, Adana, Osmaniye, Şanlıurfa ve Elazığ.

³⁷ https://depem.afad.gov.tr/assets/pdf/Arazi_Onrapor_28022023_surum1_revize.pdf, (Erişim: 28.7.2023).

³⁸ <https://www.bbc.com/turkce/articles/c51kdv8d15jo#:~:text=İçişleri%20Bakanı%20Süleyman%20Soylu%2C%206,bin%20969%27unun%20enkazının%20kaldırıldı>, (Erişim: 27.7.2023).

deprem bölgesi olan illerde Anayasamızın 119. maddesi ve 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu'nun 3/ 1-a maddesine göre olağanüstü hal ilan edildi³⁹. Ardından da deprem bölgelerine ilişkin olarak 126 ve 142 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri yayımlandı⁴⁰. Mezkûr kararnameler, deprem bölgesinde özel bir imar rejimi yaratmıştır. Deprem bölgesine ilişkin özel bir imar düzeni yaratan norm, 126 sayılı CBK olmuştur. 126 sayılı CBK'de getirilen bize göre en önemli düzenleme; depremler dolayısıyla umumi hayata müessir bölge (genel hayata etkili afet bölgesi) olarak kabul edilen yerlerde; afetten etkilenenlerin geçici veya kesin iskân alanları, fay hattına mesafesi, zeminin elverişliliği, yerleşim merkezine yakınlığı gibi kriterler gözetilerek, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığınca re'sen belirleneceği hususudur. 126 sayılı CBK kapsamında Bakanlık, geçici veya kesin iskân alanlarını belirleme, dava süreci devam edenler ile kesinleşen ancak henüz tapuya tescil edilmemiş olanlar hariç olmak üzere, tespit dışı bırakılan yerlerin hazine adına idari tescilini yapma hakkına sahiptir. Bunun dışında, köy yerleşme alanları dâhil belirlenen kesin iskân alanlarında ve mevcut kentsel alanlarda, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığınca onaylanacak plan ve imar uygulamaları beklenmeksizin, jeolojik etüt raporu ve zemin etüt raporu doğrultusunda Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığınca onaylanacak vaziyet planına ve düzenlenecek yapı ruhsatına göre uygulama yapılır. Bu alanlarda Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığınca onaylanan plan ve parselasyon planlarında, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun plan ve parselasyon ile ilgili işlemlerindeki askı, ilan, itirazlara ilişkin hükümleri uygulanmaz. Söz konusu alanlarda taşınmaz mülkiyeti veya imar hakları kısmen veya tamamen başka bir alana aktarılabilir. Bu haklar takas ve trampa işlemlerine konu edilebilir.

Plan, parselasyon, yapı ruhsatı, taşınmaz mülkiyeti veya imar haklarının aktarılması, takas ve trampa işlemleri ve bu işlemler nedeniyle düzenlenen kâğıtlar damga vergisi, resim, harç ve harcamalara katılma paylarından müstesnadır. Bu işlemler nedeniyle ücret, döner sermaye ücreti ve herhangi bir ad altında bedel alınmaz. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlık; altyapı, üstyapı dâhil her türlü inşaat yapmaya veya yaptırmaya, arsa paylarını belirlemeye, cins değişikliği yapmaya, kat irtifakı, kat mülkiyeti kurmaya yetkilidir. Bu uygulamalar Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığının bağlı, ilgili ve ilişkili kurum, kuruluş ve bunların iştirakleriyle ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na tabi idareler ile işbirliği içinde yapılabilir. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlık, bu kapsamda belirtilen iş ve işlemlere ilişkin olarak bağlı, ilgili ve ilişkili kurum, kuruluş ve bunların iştirakleri ile Toplu Konut İdaresi Başkanlığına yetki devrine ve bu iş ve işlemlerden hangilerinin Toplu Konut İdaresi Başkanlık ve diğer kurum, kuruluş ve bunların iştirakleri tarafından yapılacağını belirlemeye yetkilidir. Bu belirleme yapılırken gereklilik bulunması halinde, 4342 sayılı Mera Kanunu ile 6831 sayılı Orman Kanunu'nun ek 16. maddesinde belirtilen alanların da kullanılabilmesi ifade edilmiştir. Yapılan düzenleme ile iskân alanlarının belirlenmesi yetkisinin merkezi idareye (kural olarak Çevre, Şehircilik, İklim Değişikliği Bakanlık istisnai hallerde AFAD Başkanlık) verildiği, merkezi idarenin de iskan yerlerini tayin ederken, bir takım teknik özellikleri (fay hattına mesafe, zemin analizi, yerleşim merkezine uzaklıklar vb) dikkate almasının bir gereklilik olduğu düzenlenmiştir. Bize göre, vasfını yitirmiş olsa dahi orman alanlarının ve gıdanın stratejik ürün sayıldığı günümüzde, hayvancılık için vazgeçilmez nitelikteki ve yüzölçümleri git gide azalmakta olan mera alanlarının imara açılabilmesine cevaz verilmesi doğru değildir. 6 Şubat depreminde ve önce yaşanan birçok farklı türdeki afetlerde, tarım, orman, mera alanlarına yapılan binaların hasar görme durumlarının, diğer cinsteki araziler üzerindeki binalara göre daha fazla olduğunu tecrübe etmiş bulunmaktayız. Böylesi bir vaziyette zemin yapısı nedeniyle, afete dayanıklı bina yapılması (fore kazık teknolojisi gibi), maliyet açısından da dezavantaj getirecek olmasına rağmen, ısrarla belirlenen özellikteki alanların imara açılması doğru değildir.

Ayrıca imar planlarının askıya çıkarılması, itiraz prosedürünün işletilmemesi mülkiyet hakkı bakımından ileride büyük sorunlara gebe bir düzenlemedir. Bunun yerine yine özel bir yasal düzenleme yapılarak, itiraz hakkının tanınması, dava açma ve davaların sonuçlandırılması süreleri kısaltılmalıdır. Yapılan düzenleme bu yönüyle tenkit edilse de imar süreçlerinin merkezi otorite tarafından yapılması ve tamamen teknik esaslara göre yürütüleceğinin düzenlenmesi bakımından yerinde olmuştur.

V. SONUÇ

7269 sayılı Kanun'un konusunun münhasıran "afetler" olduğu açıktır. Ancak makalede de görüldüğü üzere, 7269 sayılı Kanun'un esasında bilinenin aksine sadece afet esnasını değil, afetin öncesini de afetten sonrasını da düzenleyen "bütüncül" bir kanun olduğu görülmektedir. Kanun'un genel yapısı ve sistematiki, olumlu bir yapıya sahiptir. Ancak 7269 sayılı Kanun ile ilgili bize göre iki şey yapılması gerekir: Birincisi Kanun'da yazan hükümlerin uygulanması, diğeri ise bazı düzenlemelerin de güncellenmesidir. Bu bağlamda;

- Afete Maruz Bölge düzenlemesinin sadece bir düzenleme olarak kalmaması, yetkili idarelerce gerekli teknik hazırlıklar yapıldıktan sonra, bölgelerin belirlenmesi, afet öncesi tahliye, kamulaştırma vs. süreçlerin ivedilikle yürütülmesi, konunun sürüncemede kalmasına izin verilmemesi gerekir. Ayrıca afete maruz bölge kararının alınmasında, yetkide istisnaya yer verilmemeli, tek merci (örn sadece Çevre, Şehircilik, İklim Değişikliği Bakanlık) yetkili olmalıdır.

- Hasar tespit raporlarına karşı dava yolunun önünde engel olan asıl işlemin tebliğ zorunluluğunun kaldırılması ya da hasar tespit raporları sonrasında tesis edilen asıl işlemlere karşı dava açılması

³⁹ RG: 8.2.2023, 32098.

⁴⁰ 126 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Yerleşme ve Yapılaşmaya İlişkin CBK, RG: 24.2.2023, 32114. 142 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Afet ve Acil Durum Yönetimi Alanında Alınan Bazı Tedbirlere Dair CBK, RG: 13.4.2023, 32162.

halinde, açılan davanın doğrudan işlemin icrasını durdurucu etkiye sahip olmasını temin etmek ya da özel bir idari yargılama usulü getirerek 7269 sayılı Kanun'dan doğan uyuşmazlıkları, idari yargılama usulünün genel işleyişinin dışındaki özel bir usule göre çözmek gerekir.

- CBK ile yapılan düzenlemelerde, imar planlaması ve parselasyon gibi imar yetkilerinin merkezi otoriteye verilmesi isabetli olmakla birlikte; plan askı ve itiraz süreçlerinin tamamen kaldırılması yerinde olmamıştır. Bunun yerine yaşanan hadisenin büyüklüğü ve kamusal ihtiyacın aciliyeti de dikkate alınarak, kısıtlanmış sürelerde de olsa itiraz ve dava hakkının tanınması hem ölçülülük ilkesi hem de mülkiyet hakkı bakımından uygun olacaktır.

KAYNAKÇA

- AKTEL, Mehmet: "5902 Sayılı Yasa ile Türkiye'de Afet Yönetiminde Oluşan Değişim", Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, (27), 2010, s.169-180.
- AKYEL, Recep: "Türkiye Kamu Yönetiminde Afet Yönetimi", Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 14(1), 2005, s.15-29.
- AKYILMAZ, Bahtiyar: İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.
- BAĞRIAÇIK, Ahmet: "Yürütmenin Durdurulması Kurumunda Uygulanmakla Etkisi Tükenecek İşlem Sorunsalı", SÜHFD., 29(1), 2021, s. 695-723.
- ERKUT, Celal: "İdari Davaya Konu Olabilecek Kesin ve Yürütülebilir İşlem Kavramı", I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi (1-4 Mayıs 1990), Birinci Kitap, İdari Yargı, Ankara 1991.
- GÖK, Hasan: "İdari Yargıda 6352 Sayılı Kanun ile Meydana Gelen Değişikliklerin Değerlendirilmesi", İstanbul Barosu Dergisi, 86(6), 2012, s.113-124.
- SEZGİNER, Murat: İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin Yayın, Ankara 2000, s.46-47.
- ŞEN, Savaş Cemil: Erdemli (Mersin) İlçesinde Yağışlara Bağlı Olarak Gelişen Heyelanların İncelenmesi, Çukurova Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Jeoloji Mühendisliği Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Adana 2009.
- TERCAN, Binali: "Türkiye'de Afet Politikaları ve Kentsel Dönüşüm", Abant Kültürel Araştırmalar Dergisi, 3(5), 2018, s.63-74.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar A. Kürşat ERSÖZ, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | A. Kürşat ERSÖZ, who are the authors have not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that he complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnULR in all processes of the paper and that he does not make any falsification of the data collected. In addition, he declares that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.

**BORÇLU TEMERRÜDÜNDEN SONRA AKDEDİLEN ERTELEME SÖZLEŞMESİNİN
ALACAKLININ TEMERRÜTTEN DOĞAN ALACAKLARINDAN FERAGATI
ANLAMINA GELİP GELMEDİĞİ MESELESİ***THE ISSUE OF WHETHER THE DEFERRAL AGREEMENT CONDUCTED AFTER THE DEBTOR'S
DEFAULT MEANS WAIVER OF THE CREDITOR'S RECEIVABLES ARISING FROM DEFAULTAyşe KARACA ÖZ**  **Makale Bilgi**Gönderi: 30/08/2023
Kabul : 23/11/2023**Anahtar Kelimeler***Erteleme Sözleşmesi,
Muacceliyet,
Borçlu Temerrüdü,
Borçlu
Temerrüdünün
Hukukî Sonuçları.***Article Info**Received: 30/08/2023
Accepted: 23/11/2023**Keywords***Deferral Agreement,
Due,
Debtor Default,
Legal Consequences of
Debtor Default.***Özet**10.21492/inuhfd.1352451 

İfa zamanı, kanunla, mahkeme kararıyla ya da tarafların anlaşması yoluyla ertelenebilir. Taraflar menfaatlerine uygun düşmeyen önceden kararlaştırdıkları ifa zamanını aralarında anlaşarak öteleyebilirler. İfa zamanını erteleme sözleşmesi, borç muaccel olmadan önce veya muaccel olduktan sonra akdedilen, muacceliyeti öteleyen veya ortadan kaldıran bir tadil sözleşmesidir. Erteleme sözleşmesi ile alacaklı alacağı üzerinde doğrudan bir tasarrufta bulunduğundan erteleme sözleşmesi alacaklı bakımından bir tasarruf işlemi niteliğindedir. Erteleme sözleşmesi borç muaccel olmadan önce yapıldığında taraflarca kararlaştırılmış ifa zamanı daha ileri bir tarihe alınmış olurken muacceliyetten sonra akdedilen erteleme sözleşmesi mevcut muacceliyetin ortadan kalkması sonucunu doğurur. Buna bağlı olarak borç muaccel olmadığından temerrüt ortaya çıkmaz veya mevcut temerrüt son bulur. Erteleme sözleşmesinin akdedilmesiyle birlikte muaccel alacak için zamanaşımı kesilir. Erteleme süresi boyunca alacaklı alacağı için dava açamaz ve cebri icra yoluyla takipte bulunamaz. Erteleme sözleşmesi ile borçlu özellikle borçlu temerrüdünün hukukî sonuçları ile karşı karşıya gelmekten kurtulur. Böyle bir durumda, temerrütten sonra akdedilen erteleme sözleşmesinin alacaklının temerrüdün doğmuş olan sonuçlarından feragati anlamına gelip gelmediği konusu doktrinde tartışılmıştır.

Abstract

The time of performance may be delayed by law, by court order or by agreement of the parties. The parties may, by contract, delay the performance time that they have agreed beforehand, which is not in accordance with their interests. A contract of deferral of performance is an amendment contract that is concluded before or after the debt becomes due and delays or eliminates the due date. Since the creditor makes a direct disposition on the receivable with the deferral contract, the deferral contract is a disposition for the creditor. When the deferral contract is made before the debt becomes due, the performance time agreed by the parties is moved to a later date; the deferral contract concluded after the due date will result in the disappearance of the current due date. Accordingly, no default occurs or the current default ends, since the receivable is not due. With the conclusion of the deferral contract, the statute of limitations for the due debt is terminated. During the deferral period, the creditor cannot file a lawsuit for its receivable and cannot pursue enforcement proceedings. With the deferral agreement, the debtor is saved from facing the legal consequences of the debtor's default. In a such case, it has been discussed in the doctrine whether the creditor's making a deferral agreement after default means a waiver of the default consequences that have arisen.

 Bu eser [Creative Commons Atıf-Gayri Ticari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/) ile lisanslanmıştır.

* Bu çalışma, yazarın Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora programı kapsamında hazırladığı, "İfa Zamanını Erteleme Sözleşmesi" başlıklı doktora tezinden üretilmiştir.

** Dr. Arş. Gör., Adana Alparslan Türkeş Bilim ve Teknoloji Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** KARACA ÖZ, Ayşe, "Borçlu Temerrüdünden Sonra Akdedilen Erteleme Sözleşmesinin Alacaklının Temerrütten Doğan Alacaklarından Feragati Anlamına Gelip Gelmediği Meselesi", İnÜHFD, 14(2), 2023, s.500-509. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | **This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.**

EXTENDED SUMMARY

The time of performance may be delayed by law, court order and contract. If there is no legal provision or court decision regarding the deferral of the time of a performance, they can only delay the time of performance of the debt by mutual contract. If the creditor unilaterally extends an additional performance period to the debtor, there is no deferral. The contract for deferral of performance is an amendment contract that eliminates the current due date before or after the debt is due or takes a future date.

The timely performance of the debt is as important as the fulfillment of the debt. The parties agree on a time of performance when making a contract. However, it may not always be possible for the parties to perform their acts at the time of performance agreed. Thus, although delaying the execution time seems to be the debtor's interest, the creditor also has an interest. With the signing up of the deferral agreement, the debtor has additional time to perform his debt. Thus, it may be able to perform its debt at the end of the deferral period. On the other hand, in case of default, it avoids facing the legal consequences of default. If the creditor obtains his debt at the end of the deferral period, he can obtain his debt without the need to follow the debtor through litigation or forced execution. From this point of view, it is in the interest of both parties to delay the performance time. At this point, the deferral contract is also in the interest of the creditor, although it is mainly in the interest of the debtor. The conclusion of the deferral contract has very important legal consequences for the creditor and the debtor. The creditor cannot follow up and demand his receivables during the deferral period. The debt is not due during the deferral period and therefore, if the debtor is in default, the default ends. During the deferral period, the statute of limitations does not run, and the creditor cannot pretend a set off due to his receivables.

The deferral contract was not regulated in Turkish, German, Swiss Law and an indirect reference was made in certain provisions in the laws. However, since the time of performance is an essential factor in the debt relationship, changing the time of performance and moving it forward is an important subject that needs to be addressed in contractual relationships. Although the deferral contract has a place in German and Swiss legal doctrines, there is no monographic work on this subject in Turkish law. Our study has been written to contribute to the doctrine regarding the deferral of performance time.

The deferral contract can be concluded before or after the due date. Determining the moment when the deferral contract is made is important in terms of determining the legal consequences of the contract. The deferral contract concluded after the due date can be made before or after the debtor defaults. With the deferral agreement made before the debtor goes into default, a new due date is determined by taking the time of performance to a later date. With the deferral agreement concluded after the due date, if the debtor has not yet defaulted, the default is prevented. The debtor's default ends with the deferral agreement concluded after the debtor defaults. The creditor is prevented from exercising his optional rights regarding default. In this respect, the deferral agreement provides a great advantage for the debtor in all cases.

In practice, deferral contracts are encountered especially in construction contracts. In some cases, the contractor cannot perform its performance on the date agreed in the agreement and is in default. Since it is important for the employer to complete the work, a deferral contract is concluded with the contractor and additional time is given to the contractor. Problems arise when the contractor fails to fulfill his obligations at the end of the deferral period and defaults for the second time and the employer files a lawsuit. In such a case, the issue of whether the employer who has concluded a deferral contract waives the legal consequences of the first default has been the subject of court decisions and has been discussed in the doctrine. In cases where the creditor openly declares that he has waived or not receivable, there will be no conflict as the situation is clear. However, problems arise if the creditor does not make any declaration regarding his receivables arising from default. One of the views in the doctrine accepts that the creditor waives his receivables arising from the default in case a deferral contract is concluded after the default. According to the view that we agree with, who argues the opposite, the fact that the creditor only concludes a deferral agreement does not constitute a presumption that he has waived his receivables arising from default. If the creditor expressly declares that he has waived his receivables or if this result is reached in the concrete situation, it can be accepted that he waives the receivable. Otherwise, it is impossible to reach such a result. The conclusion of a deferral contract has a forward effect and eliminates the debtor's default. The deferral contract does not have any effect on the receivables arising before the contract is concluded. The receivables arising due to default before the deferral contract is concluded remain in existence. But it is also feasible for the creditor to conclude the release agreement with the defaulting debtor, depending on the condition that delays or disrupts the waiver of his receivables. In our study, it is aimed to evaluate the opinions about this situation, which is the subject of practice.

I. GİRİŞ

İfa zamanının ertelenmesi¹, borçluya borçlandığı edimi yerine getirmesi için edimin ifa zamanını etkileyen bir sürenin verilmesi olarak tanımlanabilir². İrade özerkliği ilkesine göre taraflar kanunun emredici hükümlerine riayet etmek şartıyla, bir sözleşmeyi akdedip akdetmeme özgürlüğüne sahip oldukları gibi sözleşmenin karşı tarafını, tipini ve içeriğini diledikleri gibi belirleyebilir ve sözleşmeye son verebilirler³. Bu ilke gereği sözleşmenin içeriğini belirleme imkânına sahip olan taraflar kendileri için artık uygun olmayan ifa zamanını erteleme sözleşmesi akdederek değiştirebilirler.

Erteleme⁴, kanunla, hâkim kararıyla veya sözleşme yoluyla yapılabilir⁵. Eğer kanun yoluyla veya mahkeme kararıyla bir erteleme hâli mevcut değilse ancak alacaklı ve borçlu aralarında anlaşarak ifa zamanını erteleyebilirler⁶. Erteleme sözleşmesi⁷, Türk Borçlar Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiştir. Ancak TBK m.95 hükmünde, sürenin uzatılması hâlinde yeni sürenin ne zaman başlayacağı düzenlenmiş ve bu hükümlerle erteleme sözleşmesine dolaylı bir atıfta bulunulmuştur⁸.

Muacceliyet, borcun alacaklı tarafından borçudan talep edilebileceği zamanı ifade ederken; ifa edilebilirlik ise borçlunun borcunu ifa etmeye yetkili olduğu an olarak tanımlanabilir. Kural olarak muacceliyet ve ifa edilebilirlik aynı anda gerçekleşmektedir. Fakat bazı durumlarda borç muaccel olmamasına rağmen ifa edilebilir olabileceği gibi ifa edilebilir olmamasına rağmen muaccel olabilir⁹. Kanunî bir istisna bulunmadıkça bir borç muaccel olmasa bile ifa edilebilir durumdadır (TBK m.96) ve yapılan ifa geçerli olur¹⁰. Erteleme sözleşmesi borç muaccel olmadan önce veya sonra akdedilebilir. Borç muaccel olmadan önce akdedilen erteleme sözleşmesinde taraflar muaccel olmayan borcun ifa zamanını daha da ileriye alırlar. Borç muaccel olduktan sonra akdedilen erteleme sözleşmesi ile borcun ifa zamanı ileriye alınır ve mevcut muacceliyet ortadan kaldırılır. Her iki hâlde de erteleme süresi boyunca alacak muaccel değildir. Erteleme sözleşmesinin akdedilmesi, borcun istenebilirliğini engellemekle birlikte kural olarak borcun ifa edilebilirliğini ortadan kaldırmaz¹¹. Borç ertelense de ifa edilebilir durumdadır¹². Bu süre boyunca alacaklı alacağını dava ve takip edemez. Alacak muaccel olmadığından zamanaşımı işlemez¹³.

Erteleme sözleşmesinin hem alacaklı hem borçlu açısından önemli avantajları bulunur. Erteleme sözleşmesinin akdedilmesiyle borçluya borcunu ifa etmesi için taraflarca kararlaştırılan ifa zamanı dışında ek bir süre tanınmış olur. Bu bir bakıma borçluya ifa için son bir şans daha verilmesidir. Alacaklı ise alacağını hukukî yollar ile takip etmek zorunda kalmaksızın erteleme süresi sonunda elde etme imkânına sahip olabilir¹⁴. Borçlu erteleme süresi sayesinde temerrüde hiç düşmeden borcunu ifa etme imkânı elde edebilir. Böylelikle, temerrüt faizi, gecikme tazminatı gibi temerrüdün hukukî sonuçları ile karşılaşmak zorunda

¹ Bu çalışmada daha kısa ve anlaşılır olması için “İfa Zamanını Erteleme Sözleşmesi” yerine “Erteleme Sözleşmesi” ifadesi kullanılmaktadır.

² GLARNER, Hans: Die Stundung im schweiz. Obligationenrechte, Druck der Hans A. Gutzwiller Aktiengesellschaft, Zürich 1925, s.32.

³ İrade özerkliği ile ilgili detaylı bilgi için bkz. EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, N. 45, s.16; OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 18. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, N. 82, s.25; GÜVENÇ, Özgür: Sözleşmenin Kurulmasında İrade Açıklamalarının Yorumu, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s.113.

⁴ Doktrinde erteleme yerine, “tecil”, “uzatma”, “temdit”, “mehil verme” gibi kelimelerin de kullandığı görülmektedir. TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s.804; TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 1. Cilt, Altıncı Bası, Sermet Matbaası, İstanbul 1976, s.686; KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, Ankara 2020, s.699; KARACA ÖZ, Ayşe: İfa Zamanını Erteleme Sözleşmesi, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s.48; OĞUZMAN/ÖZ, s.339; EREN, N. 2951, s.1069.

⁵ LEU, Urs: “Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR”, in HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/WIEGAND, Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar, 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2011, Art. 75, N. 5, s.540; SCHRANER, Marius: “Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. Und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)”, in GAUCH, Peter/SCHMID, Jörg, ZK Zürcher Kommentar Band/Nr. V/1e, Art. 68-96, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2000, Art. 75, N. 67, s.177; KRUGER, Wolfgang: “Schuldrecht Allgemeiner Teil (§ 241-310)”, in KRUGER, Wolfgang (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch BGB, Band 2, 8. Auflage, C.H.BECK Verlag, München 2019, N.22; KARACA ÖZ, s.17.

⁶ HAJEK, Rolf: Die Stundung. Wesen und Wirkung der Stundung im Bürgerlichen Recht, Handelsdruckerei C. Trute, Quakenbrück 1932, s.17.

⁷ Alman ve İsviçre hukuklarında, erteleme, “*stundung*”, erteleme sözleşmesi ise, “*stundungsvertrag*” olarak isimlendirilmektedir. ADDORISIO DE FEO, Raniero: Die Fälligkeit von Vertragsforderungen, Schulthess Verlag, Zürich 2011, s.268; WEBER, Rolf: “Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht”, in HAUSHEER, Heinz (Hrsg.), Berner Kommentar Band VI 1. Abteilung, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96, Stämpfli Verlag, Bern 2005, Art. 75, N. 40, s.262; SCHRANER, Art. 75, N. 82, s.180; KOSTKIEWICZ, Jolente Kren: “Schweizerisches Obligationenrecht”, in KOSTKIEWICZ, Jolente Kren/WOLF, Stephan/AMSTUTZ, Marc/FRANKHAUSER, Roland (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar (OFK), 3., überarbeitete Auflage, Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2016, Art. 75, N. 3, s.361.

⁸ YÜCE, Melek Bilgin: Alacaklı Borçlu Açısından İfa Zamanı, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, S.257; ADDORISIO DE FEO, s.268; KARACA ÖZ, s.19.

⁹ VON TUHR, Andreas/ESCHER, Arnold: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Dritte Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 1974, s.45; WEBER, Art. 75, N. 40, s.262.

¹⁰ ADDORISIO DE FEO, s.268; WEBER, Art. 75, N. 106, s.276; GÜMÜŞ, s.36.

¹¹ GÜMÜŞ, Mustafa Alper: “Muacceliyetin Erteleenmesi”, Legal Hukuk Dergisi, 11(126), 2013, s.36; SCHRANER, Art. 75, N. 82, s.180; KARACA ÖZ, s.21.

¹² BGH NJW 1998, 2060, 2061. <https://beck-online.beck.de/Home> (Erişim: 01.08.2023).

¹³ KESSLER, Franz: Die Verjährungsverzicht im Schweizerischen Privatrecht, Schulthess Verlag, Zürich 2000, 18; KARACA ÖZ, s.20.

¹⁴ Erteleme sözleşmesi akdedilerek borçlunun iflâsı önlenemez. Bu durumda alacaklı iflâs kurallarına tabi olmadan alacağına daha erken kavuşma imkânına sahip olabilir. GLARNER, s.16; ADDORISIO DE FEO, s.267; KARACA ÖZ, s.21.

kalmaz. Ancak bazı durumlarda erteleme sözleşmesi borçlu temerrüde düştükten sonra akdedilir. Böyle bir durumda alacaklının erteleme sözleşmesi akdetmesinin daha önce temerrüt sebebiyle ortaya çıkan alacaklarından feragat olarak kabul edilip edilemeyeceği hususu doktrinde tartışma konusu olmuştur. Bu çalışmada erteleme sözleşmesi ile ilgili genel bilgiler verildikten sonra söz konusu tartışma ele alınmaktadır.

II. GENEL OLARAK ERTELEME SÖZLEŞMESİ

A. Erteleme Sözleşmesinin Tanımı ve Unsurları

Erteleme sözleşmesi borç muaccel olmadan önce¹⁵ ya da sonra alacaklı ile borçlu arasında akdedilen¹⁶, mevcut muacceliyeti ortadan kaldıran veya ileri tarihe alan bir sözleşmedir¹⁷.

Bir sözleşmenin erteleme sözleşmesi olarak kabul edilebilmesi için belirli unsurları taşıması gerekir. Bu unsurlar; borcun ertelenmeye tabi bir borç olması, tarafların süre verme hususunda anlaşmaları ve muacceliyetin ötelenmesidir¹⁸.

Erteleme sözleşmesinin söz konusu olabilmesi için öncelikle borcun ertelenmesi mümkün nitelikte bir borç olması gerekir. Borç, sözleşmeden doğabileceği gibi haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden doğabilir. Aile, eşya ya da miras hukukundan doğan edim yükümlülüklerinin de ertelenmesi mümkündür¹⁹. Yalnızca yapma borcu değil yapmama borcu da ertelenebilir²⁰.

Erteleme sözleşmesinin diğer bir unsuru, tarafların süre verme konusunda anlaşmış olmalarıdır. Alacaklının borçluya borcunu ifa etmesi için tek taraflı olarak süre vermesi erteleme sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Alacaklı ve borçlunun borçluya erteleme süresi verileceğini kararlaştırmaları durumunda erteleme sözleşmesi meydana gelir. Taraflardan biri aralarında herhangi bir anlaşma olmadan kendi alacağını talep etmeksizin borcunu ifa ederse bu durumda erteleme sözleşmesinin bulunduğu söylenemez. Zira erteleme sözleşmesinin varlığından bahsedebilmek için tarafların bu konuda anlaşmış olmaları gerekir. Burada ancak bir tarafın diğer tarafa göstermiş olduğu bir müsamaha söz konusu olabilir. Alacaklı bu hâlde muaccel alacağını istediği zaman talep edebilir²¹.

Alacaklının alacağı için dava açmasını engellemekle beraber yapılan sözleşme muacceliyete etki etmiyorsa burada bir erteleme sözleşmesi bulunmaz. Erteleme sözleşmesi ile verilen süre muacceliyete etki etmelidir. Eğer verilen süre muacceliyete etki etmiyorsa, alacaklının alacağını dava etmesini engelleyen fakat muacceliyete etki etmeyen *pactum de non patendo* (alacağı talep etmeme anlaşması) söz konusu olabilir²².

B. Erteleme Sözleşmesinin Hukukî Niteliği

Erteleme sözleşmesi, Alman, İsviçre ve Türk hukuklarında açıkça düzenlenmemiştir. Ancak “sürenin uzatılması” başlıklı Türk Borçlar Kanunu m.95 hükmünde sürenin uzatılması durumunda yeni sürenin nasıl hesaplanacağı düzenlenerek bu hükümlerle erteleme sözleşmesine yalnızca dolaylı şekilde atıfta bulunulmuştur²³. Erteleme sözleşmesi ile borçluya ifa için süre verilmesi alacaklının ise buna karşı bir ivaz talep etmesi ya da ivazsız olarak sözleşmeyi akdetmesi, sözleşmenin asli unsurları niteliğindedir. Erteleme sözleşmesi unsurlarıyla kanunlarda detaylıca düzenlenmediğinden isimsiz sözleşme niteliğindedir²⁴.

Erteleme sözleşmesi ile alacağın ifa zamanı değiştirilerek²⁵ ötelenir²⁶. Erteleme sözleşmesi ile alacaklı alacağına ilişkin tasarrufta bulunur. Bu sebeple erteleme sözleşmesi bir tasarruf işlemi²⁷ niteliğindedir²⁸.

Bir borç ilişkisinde değişiklik yapmak için akdedilen sözleşmeye “*tadil sözleşmesi*” adı verilir²⁹. Erteleme sözleşmesi asıl sözleşmede taraflarca belirlenmiş olan ifa zamanını değiştirmek için akdedilen bir tadil sözleşmesi niteliğindedir. Erteleme sözleşmesi ile taraflar daha önceden kararlaştırılan ifa zamanını

¹⁵ Taraflar sözleşme kurulurken belirli şartların gerçekleşmesi durumunda borçluya erteleme süresi verileceğini kararlaştırabilirler. Burada esasen belirlenmiş olan bir ifa zamanı vardır ancak belirli durumların ortaya çıkması hâlinde borçluya ek süre tanınacaktır. “...Taraflar arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesinin 2 ve 3. maddeleri uyarınca inşaatın teslim tarihi tadilat ruhsatının alındığı tarihten itibaren 24 ay olduğu, 30. madde gereğince inşaatın 3. maddenin 3. fıkkında tayin edilen sürede bitirilememesi halinde 6 aylık ilave süre verileceği hüküm altına alınmıştır...” Yargıtay 15. HD., 23.11.2011, E.2011/5829, K.2011/6794. www.legalbank.net (Erişim: 22.08.2023).

¹⁶ “... muaccel olacak veya olmuş bir alacağın muacceliyet tarihini daha sonraya da bırakabilirler, tecil edebilirler (erteleyebilirler). Şu halde zamanasını bu yeni ecelden itibaren işlemeye başlar...” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 03.11.1982, E.1981/11-34, K.1982/870. www.kazancı.com.tr (Erişim: 22.08.2023).

¹⁷ ÖZ, Turgut/ACAR, Faruk/GÖKYAYLA, Emre/DEVELİOĞLU, Murat: İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, C.2,3, Madde-83-206, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, m.95, N. 5, s.1357-1358; KOSTKIEWICZ, Art. 75, N. 3, s.361; KARACA ÖZ, s.48.

¹⁸ HAJEK, s.20-21; KARACA ÖZ, s.51.

¹⁹ GLARNER, s.35; HAJEK, s.21; KARACA ÖZ, s.51.

²⁰ HAJEK, s.21; GLARNER, s.35; KARACA ÖZ, s.51.

²¹ KOSTKIEWICZ, Art. 75, N. 3, s.361; KARACA ÖZ, s.54.

²² KOLLER, Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2009, s.602; ADDORISIO DE FEO, s.277; KRUGER, N. 26; KARACA ÖZ, s.54.

²³ ADDORISIO DE FEO, s.268; KARACA ÖZ, S.19; YÜCE, s.257.

²⁴ WEBER, Art. 75, N. 102, s.275; SCHRANER, Art. 75, N. 67, s.177; GÜMÜŞ, s.21; KARACA ÖZ, s.77.

²⁵ Erteleme sözleşmesi borcun ifa zamanını değiştirir. Borcun yenilenmesine sebep olmaz. SCHRANER, Art. 75, N. 81, s.179; TUNÇOMAĞ, s.687; GÜMÜŞ, s.37; KARACA ÖZ, s.223. İsviçre Federal Mahkemesi’ne göre, borçluya erteleme süresi tanınması “yenileme” anlamına gelmemektedir. BGE 84 II 645, 16.12.1958 https://www.swisslex.ch/de/ (Erişim: 01.08.2023).

²⁶ VON TUHR/ESCHER, s.48; KOLLER, s.610; SCHRANER, Art. 75, N. 79, s.179.

²⁷ Alacak hakkının üzerinde tasarruf işlemi yapılarak içeriğinin değiştirilmesi mümkündür. Alacak hakkına ilişkin ödeme zamanı, faiz, yenilik doğuran hak, def’i gibi unsurlarda meydana gelecek değişiklik alacak hakkını doğrudan etkiler. Bu noktada yapılan işlem değiştirici nitelikte bir tasarruf işlemidir. VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah: Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı, On İki Levha Yayın, İstanbul 2014, s.111; KABAŞ TEZCAN, Esen: Kazandırmanın Hukukî Sebebi (Causa), Adalet Yayın, Ankara 2022, s.129; ERİN, N. 488, s.186, KARACA ÖZ, s.59.

²⁸ WEBER, Art. 75, N. 103, s.275; GLARNER, s.37; SCHRANER, Art. 75, N. 79, s.179; GÜMÜŞ, s.23; KARACA ÖZ, s.19.

²⁹ Tadil sözleşmesi ile ilgili detaylı bilgi için bkz. ÖZ, s.21.

değiştirerek ileri tarihe almaktadırlar. Erteleme sözleşmesi sadece borcun vadesini değiştirir, edim yüküne ilişkin herhangi bir etkisi yoktur. Bu yüzden, erteleme sözleşmesi, “edim yüküne etki etmeyen tadil sözleşmesi” niteliği taşır³⁰.

Borcun ifa zamanının değiştirilmesi için mevcut bir asıl sözleşmenin varlığı gerekir. Asıl sözleşmenin bulunmaması durumunda erteleme sözleşmesinin yapılması mümkün değildir. Bu yüzden, erteleme sözleşmesi niteliği gereği asıl sözleşmeye bağımlı bir sözleşmedir³¹.

Erteleme sözleşmesi bir borçlar hukuku sözleşmesidir. Borçlar hukuku sözleşmesi kavramı hem borç sözleşmelerini hem tasarruf sözleşmelerini kapsar. Erteleme sözleşmesi borcun ifa zamanını değiştiren bir tasarruf sözleşmesi olduğundan borçlar hukuku sözleşmesi niteliğindedir³².

Erteleme sözleşmesinin akdedilmesiyle borcun muacceliyeti ötelenir veya ortadan kaldırılır. Her iki durumda da erteleme süresi boyunca borç muaccel değildir. Borçlunun borcun henüz muaccel olmadığına dair beyanı itiraz niteliğindedir³³. Erteleme süresi boyunca alacaklının alacağını talep etme hakkı bulunmamaktadır. Doktrinde³⁴ erteleme sözleşmesi, “hakkı geciktiren itiraz” olarak tanımlanmıştır. Çünkü erteleme sözleşmesi ile müeccel borcun muacceliyet tarihi daha ileriye alınır veya muaccel borcun muacceliyeti ortadan kaldırılır. Böylece erteleme sözleşmesi akdedilmesi talebin ilk defa veya yeniden ortaya çıkmasını geciktirir.

C. Erteleme Sözleşmesinin Kurulması

Erteleme sözleşmesi, alacaklı ve borçlunun karşılıklı birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulur. Alacaklının borçluya tek taraflı olarak erteleme süresi vermeye mümkün değildir³⁵. Alacaklı erteleme süresi verirse ve borçlu bunu kabul ederse erteleme sözleşmesi kurulur.

Erteleme sözleşmesi, sözleşmenin kurulmasına ilişkin genel hükümlere tabidir. Erteleme sözleşmesinin konusu, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ya da imkânsız olamaz (TBK m.27). Aksi hâlde erteleme sözleşmesi kesin hükümsüz olur³⁶. Örneğin, alacaklı ile borçlunun daha önceden ödenmiş olan borca ilişkin olarak erteleme sözleşmesi akdetmesi hâlinde ertelemeye konu bir borç mevcut olmadığından imkânsızlık sebebiyle kesin hükümsüzlük söz konusu olur.

Erteleme sözleşmesi açıkça veya örtülü olarak yapılabilir³⁷. Bir tarafın erteleme önerisine diğer tarafın herhangi bir cevap vermeyerek sessiz kalması hâlinde erteleme sözleşmesinin mevcut olmadığını kabulü gerekir³⁸.

Erteleme sözleşmesi akdeden alacaklı alacağı üzerinde tasarrufta bulunup bunun sonucunda bir yükümlülük altına girdiğinden tam fiil ehliyetine sahip olmalıdır³⁹. Ayrıca alacaklının tasarruf yetkisi de bulunmalıdır⁴⁰. Borçlunun ise sahip olması gereken fiil ehliyetinin türü sözleşmenin ivazlı yapılp yapılmamasına göre farklılık gösterir. Eğer erteleme sözleşmesi bir ivaz karşılığında akdediliyorsa borçlunun tam fiil ehliyetine sahip olması gerekirken; erteleme sözleşmesi ivazsız olarak yapılmışsa borçlu bir yükümlülük altına girmeyeceğinden tam fiil ehliyetinin bulunması aranmamaktadır⁴¹.

Erteleme sözleşmesi, mevcut bir sözleşmedeki ifa zamanını değiştirdiğinden TBK m.13 gereği, ifa zamanını değiştirdiği asıl sözleşmenin şekline tabidir⁴². Eğer asıl sözleşme herhangi bir kanunî şekil şartına

³⁰ KARACA ÖZ, s.58; ÖZ, s.30.

³¹ ADDORISIO DE FEO, s.266; KARACA ÖZ, s.58.

³² “Borç sözleşmesi” ile “borçlar hukuku sözleşmesi” kavramları birbirinden farklıdır. Borç ilişkisi meydana getiren sözleşmelerle “borç sözleşmesi” denir. “Borçlar hukuku sözleşmesi” ise daha geniş kapsamlı olup hem borç sözleşmelerini hem tasarruf sözleşmelerini kapsar. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.52; EREN, N. 588, s.217.

³³ BUCHER, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Schultess Verlag, Zürich 1988, s.405; WEBER, Art. 75, N. 106, s.276; SCHRANER, Art. 75, N. 79, s.179; VON TUHR/ESCHER, s.48; KARACA ÖZ, s.73; GÜMÜŞ, s.36; ÖZ, s.157.

³⁴ ÇUKADAR, Neslihan: Borç İlişkilerinde Def'i ve İtirazlar, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s.88.

³⁵ BECKER, Hermann: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht BK, Berner Kommentar Art. 1-183 OR, Band/Nr. VI/1, Stämpfli Verlag, Bern 1941, Art. 75, N. 4, s.387; VON TUHR/ESCHER, s.47, dn. 29; OĞUZMAN/ÖZ, N. 1006, s.339; ÖZ/ACAR/GÖKYAYLA/DEVELİOĞLU, N. 5, s.1357.

³⁶ Kesin hükümsüzlükle ilgili detaylı bilgi için bkz. BAŞ, Seda: Türk Borçlar Hukukunda İptal Edilebilirlik Yapıtırımı, Yetkin Yayınları, İstanbul 2022, s.14; KILIÇOĞLU, s.130; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.374; EREN, N. 1041, s.375.

³⁷ HONSELL, Heinrich: Kurzkommentar OR Art. 1-529, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2009, Art. 75, N. 8; EREN, Fikret/DÖNMEZ, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt III, M. 83-206, 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2022, m. 95, N. 2, s.2073; TUNÇOMAĞ, s.686-687; SCHRANER, Art. 75, N. 73, s.178; WEBER, Art. 75, N. 103, s.275; EREN, N. 2952, s.1070; OĞUZMAN/ÖZ, N. 1006, s.339; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.804; KARACA ÖZ, s.20.

³⁸ “..Yanlar arasında biçimine uygun olarak Giresun 2. Noterliği’nde düzenlenen 27.01.1999 gün 1067 yevmiye nolu Düzenleme Şeklinde Kat Karşılığı İnşaat Yapım ve Gayrimenkul Satış Vaadi Sözleşmesinin 7. maddesinde arsa sahiplerine ait bağımsız bölümlerin 20.04.1999 tarihinden itibaren 36 ay içerisinde anahtar teslimi bitirilmesi kabul edilerek teslim için kesin vade kararlaştırılmış, 15. maddede de, süresinde teslim edilmeme halinde arsa sahiplerine düşen her bir daire için aylık 200 DM tazminatın yüklenici kooperatifçe ödeneceği kabul edilmiştir. Buna göre teslimi gereken tarih 20.04.2002 olup, yüklenicinin süre uzatım talebine cevap vermemesi zımni kabul anlamına gelmeyeceği ve teslimi gereken tarihin arsa sahiplerince uzatıldığı yasal yüklenicilerle kanıtlanmadığından bu tarihin değiştirilmediğinin ve yasal süre uzatım koşullarının oluşmadığının kabulü gerekir...” Yargıtay 15. HD., 10.12.2009, E.2008/7723, K.2009/6681. www.legalbank.net (Erişim: 22.08.2023).

³⁹ GLARNER, s.37; KARACA ÖZ, s.123.

⁴⁰ ADDORISIO DE FEO, s.268; VON TUHR/ESCHER, s.47; GLARNER, s.37; SCHRANER, Art. 75, N. 73, s.178; WEBER, Art. 75, N. 103, s.275; KARACA ÖZ, s.123; ÖZ/ACAR/GÖKYAYLA/DEVELİOĞLU, N. 8, s.1360; YÜCE, s.261.

⁴¹ GLARNER, s.37; KARACA ÖZ, s.123.

⁴² Doktrinde bazı yazarlar, borcun ifa zamanını ötelediği ve buna bağlı olarak talep hakkını geçici olarak ortadan kaldırdığından, erteleme sözleşmesine sözleşmenin tadiline ilişkin kuralın değil ibra sözleşmesine ilişkin istisnai şekil kuralının uygulanması gerektiğini belirtmektedirler. Bu yüzden erteleme sözleşmesi de ibra sözleşmesi gibi şekle tabi olmadan akdedilmelidir. Detaylı bilgi için bkz. BUCHER, s.404; GÜMÜŞ, s.34.

bağlı değilse erteleme sözleşmesi de şekle tabi olmadan akdedilebilir⁴³. Tarafların iradî şekil şartı kararlaştırmaları durumunda erteleme sözleşmesi şekle tabi değildir. Çünkü TBK m.13 hükmü iradî şekil şartının kabul edildiği durumlarda uygulanmamaktadır⁴⁴. Asıl sözleşmenin herhangi bir şekil şartına tabi olmaması hâlinde onu değiştiren erteleme sözleşmesinin iradi olarak şekle tabi kılınması mümkündür. Böyle bir durumda sadece erteleme sözleşmesi iradi şekle tabi olur⁴⁵.

Özel hükümlerde erteleme sözleşmesine ilişkin bir şekil şartı yer almaktaysa sözleşme bu şekil şartına uygun olarak yapılmalıdır⁴⁶. Örneğin, TBK m.442/II hükmüne göre, bir hukukî ilişki işçinin aracılık etmesi sayesinde kurulmuş ise üçüncü kişinin üstlendiği borç, hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonra tamamen ya da kısmen ifa edilecekse altı aya; dönemsel edimler içeren bir ilişki mevcutsa bir yıla; sigorta sözleşmelerinde veya ifası altı aydan uzun bir süreye yayılan işlerde ise iki yıla kadar yazılı bir anlaşma ile ertelenebilir. Burada “yazılı bir anlaşma” ifadesi ile erteleme sözleşmesi için özel bir şekil şartı öngörülmüştür.

III. ERTELEME SÖZLEŞMESİNİN GENEL OLARAK TARAFLAR BAKIMINDAN SONUÇLARI

Erteleme sözleşmesi taraflar bakımından önemli hukukî sonuçlar doğurur. Erteleme sözleşmesinin taraflar bakımından sonuçları denildiğinde akla, muacceliyet, borçlu temerrüdü ve zamanaşımı bakımından sonuçları gelmektedir.

Erteleme sözleşmesinin akdedilmesi, muacceliyet tarihini ötelere veya mevcut muacceliyeti ortadan kaldırmır⁴⁷. Erteleme sözleşmesi müeccel borç için akdedildiğinde borcun muacceliyeti daha ileri bir tarihe ertelenir, böylece yeni bir ifa zamanı belirlenmiş olur. Erteleme sözleşmesinin muaccel borç için akdedilmesi durumunda alacağın muacceliyeti ortadan kalkar ve erteleme süresi boyunca alacak muaccel durumda olmaz.

Alacaklı erteleme süresi boyunca alacağını dava edemez ve cebri icra yoluyla takip edemez⁴⁸. Erteleme sözleşmesinin akdedilmesi, borcun istenebilirliğini engeller fakat kural olarak borcun ifa edilebilirliğini ortadan kaldırmaz⁴⁹. Borç ertelenmiş olsa bile ifa edilebilir durumdadır⁵⁰. Bu sebeple yapılan ifa geri istenemez⁵¹. Erteleme süresi boyunca alacaklı takas talebinde bulunamaz⁵².

Erteleme sözleşmesinin muacceliyetle sıkı ilişkisi bulunan borçlu temerrüdü ve zamanaşımı bakımından da sonuçları ortaya çıkar. Müeccel borç için zamanaşımı henüz işlemeye başlamamış olduğundan sözleşmenin zamanaşımına etkisi bulunmaz. Ancak muaccel borç için akdedilen erteleme sözleşmesi zamanaşımını keser⁵³. Zira borçlu erteleme sözleşmesi akdederek örtülü de olsa borcunu ikrar etmiştir. Borcun ikrarı, TBK m.154/I hükmünde zamanaşımını kesen sebep olarak düzenlendiğinden erteleme sözleşmesi akdedildiğinde alacağın zamanaşımı⁵⁴ kesilir⁵⁵. Erteleme süresi dolduğunda zamanaşımı ilk defa veya yeniden işlemeye başlar⁵⁶.

Erteleme, erteleme süresi dolduğunda sona erer⁵⁷ ve borç ilk defa veya tekrar muaccel hâle gelir⁵⁸. Eğer erteleme sözleşmesi borçlu temerrüde düştükten sonra akdedilirse borçlu temerrüdü sona erer. Erteleme süresi dolup borçlu borcunu hâlen ifa etmemişse ikinci kez temerrüde düşebilir.

⁴³ OĞUZMAN/ÖZ, N. 1006, s.339; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.804; YÜCE, s.258; KARACA ÖZ, s.139; ÖZ/ACAR/GÖKYAYLA/DEVELİOĞLU, N. 7, s.1359.

⁴⁴ VON TUHR, Andreas/PETER, Hans: Allgemeiner Teil des Eschweizerischen Obligationenrechts, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 1979, s.242; OĞUZMAN/ÖZ, N. 1006, s.339.

⁴⁵ ÖZ, Kerem: Tadil Sözleşmesi, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015, s.108.

⁴⁶ ADDORISIO DE FEO, s.268; ÖZ, s.156-157; GÜMÜŞ, s.35.

⁴⁷ GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R/SCHMID, Jörg/EMMENEGGER, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, Schulthess Verlag, Zürich 2020, N. 2188, s.24; LORENZ, Stephan: “BeckOK BGB”, in Bamberger, HEINZ, Georg/ROTH, Herbert/HAU,Wolfgang/POSECK, Roman (Hrsg.), 53. Edition, C.H.BECK Verlag, München 2020, Rn. 15; LEU, Art. 75, N. 5, s.540; HONSELL, N. 8, s.378; WEBER, Art. 75, N. 99, s.274; SCHRANER, Art. 75, N. 67, s.177.

⁴⁸ GLARNER, s.46; KARACA ÖZ, s.220.

⁴⁹ SCHRANER, Art. 75, N. 82, s.180; KARACA ÖZ, s.21; GÜMÜŞ, s.36.

⁵⁰ BGH NJW 1998, 2060, 2061. <https://beck-online.beck.de/Home> (Erişim: 01.08.2023).

⁵¹ SCHRANER, Art. 75, N. 82, s.180.

⁵² ARAL, Fahrettin: Türk Borçlar Hukukunda Takas, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s.71; ADDORISIO DE FEO, s.274; GLARNER, s.59; SCHRANER, Art. 75, N. 83, s.180; WEBER, Art. 75, N. 106, s.276; EREN/DÖNMEZ, N. 5, s.2074; TUNÇOMAĞ, s.687; KARACA ÖZ, s.222.

⁵³ Alman Medeni Kanunu (BGB) paragraf 205'te borçlunun alacaklıyla yapmış olduğu sözleşmede borcun ifasından kaçınmaya yetkili olduğu müddetçe zamanaşımının duracağı düzenlenmiştir. Doktrindeki bazı yazarlar ilgili hükümden yola çıkarak, erteleme süresi boyunca zamanaşımının duracağı kabul etmektedirler. VÖLKER, Lutz: Bürgerliches Recht Kompakt, 3. Auflage, Books on Demand, Norderstedt 2018, s.39; FORSTER, Christian: Allgemeiner Teil des BGB, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2010, s.7.

⁵⁴ Doktrinde erteleme sözleşmesi akdedilmesinin zamanaşımını durduracağına ilişkin görüşler bulunmaktadır. Bkz. SPIRO, Karl: Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatafristen: Die Verjährung der Forderungen, Band I, Stämpfli Verlag, Bern 1975, s.38; ERDEM, Mehmet: Özel Hukukta Zamanaşımı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2010, s.279; WEBER, Art. 75, N. 106, s.276; EREN, N. 2955, s.1071; OĞUZMAN/ÖZ, N. 1007, s.339.

⁵⁵ KOSTKIEWICZ, Art. 75, N. 3, s.361; ÖZ/ACAR/GÖKYAYLA/DEVELİOĞLU, N. 5, s.1357; KARACA ÖZ, s.199.

⁵⁶ Erteleme sözleşmesinin alacağın zamanaşımını kestiğine ilişkin Yargıtay kararı için bkz. “... muaccel olacak veya olmuş bir alacağın muacceliyet tarihini daha sonraya da bırakabilirler, tecil edebilirler (erteleyebilirler). Şu halde zamanaşımı bu yeni ecelden itibaren işlemeye başlar..” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu. 03.11.1982, E.1981/11-34, K.1982/870. www.kazanci.com.tr (Erişim: 01.08.2023).

⁵⁷ LEU, Art. 75, N. 5, s.540; SCHRANER, Art. 75, N. 84, s.180; KRUGER, N. 24.

⁵⁸ SCHRANER, Art. 75, N. 84, s.180.

IV. ERTELEME SÖZLEŞMESİNİN BORÇLU TEMERRÜDÜ BAKIMINDAN SONUÇLARI

Borçlu temerrüdü, borçlunun ifası mümkün borcunu kararlaştırılan ifa zamanında yerine getirmemesidir⁵⁹. Borçlu temerrüdünün şartları; edimin ifasının imkânsız olmaması, borcun muaccel olması, borçluya ihtar⁶⁰ yapılması⁶¹, alacaklının ifayı kabul edecek durumda olması, borçlunun edimi ifadan kaçınma hakkının mevcut olmaması ve borçlunun borcunu ifa etmemesinin borca aykırılığa sebebiyet vermesidir⁶².

Erteleme sözleşmesinin borç muaccel olmadan veya borç muaccel olduktan sonra akdedilmesi borçlu temerrüdü bakımından farklı sonuçlar meydana getirmektedir. Diğer yandan muaccel bir borç için akdedilen erteleme sözleşmesi borçlu temerrüdünden önce akdedilebileceği gibi borçlunun temerrüde düşmesinden sonra da yapılabilir.

A. Borç Muaccel Olmadan Akdedilen Erteleme Sözleşmesi

Erteleme sözleşmesi borç müaccel hâldeyken akdedilebilir. Erteleme sözleşmesi ile mevcut muacceliyet tarihi değiştirilerek öteleneceğinden borcun ifası için yeni bir ifa zamanı belirlenmiş olur⁶³. Artık ifa zamanı erteleme sözleşmesiyle tarafların kararlaştırmış oldukları tarihtir.

Borç muaccel olmadan önce borçlu temerrüde düşmüş olmayacağından, erteleme sözleşmesinin borçlu temerrüdü bakımından bir etkisi bulunmaz.

B. Borç Muaccel Olduktan Sonra Akdedilen Erteleme Sözleşmesi

Erteleme sözleşmesi borç muaccel olduktan sonra akdedilebilir. Bu hâlde iki farklı durum söz konusu olabilir. İlkinde borç muaccel olmuş ve borçlu temerrüde düşmüştür. Diğer durumda ise borç muaccel olmakla beraber temerrüdün şartları gerçekleşmemiş ve dolayısıyla borçlu temerrüdü ortaya çıkmamıştır. Bu hâlde erteleme sözleşmesi ile muacceliyet ortadan kalkar.

Borçlu temerrüde düştükten sonra yapılan erteleme sözleşmesi ise muacceliyeti ortadan kaldıracığından borçlu temerrüdünü de sona erdirir⁶⁴. Alacaklı erteleme süresi boyunca alacağını borçludan talep edemez. Erteleme süresi dolduğunda borçlu borcunu hâlen ifa etmemişse alacak tekrar muaccel olacağından borçlu temerrüdü de gündeme gelebilir⁶⁵.

V. BORÇLU TEMERRÜDE DÜŞTÜKTEN SONRA AKDEDİLEN ERTELEME SÖZLEŞMESİNİN MEVCUT TEMERRÜDÜN SONUÇLARINA ETKİSİ

Erteleme sözleşmesi borçlu temerrüde düştükten sonra akdedilebilir. Bu durumda erteleme süresi boyunca muacceliyet ortadan kalkacağından temerrüt de sona erer. Borçlu gecikme tazminatından ve beklenmedik hâl sebebiyle sorumluluktan kurtulmuş olur ve para borcu söz konusu ise erteleme süresi boyunca temerrüt faizi ve aşkın zarar ödemez⁶⁶. Diğer yandan erteleme borçlu temerrüdünü ortadan kaldıracığından karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının seçimlik haklarını kullanmasını engeller⁶⁷.

Borçlu temerrüde düştükten sonra erteleme sözleşmesinin akdedilmesi nitelikleri uygun düştüğü ölçüde tüm sözleşmeler için mümkündür. Ancak uygulamada bilhassa inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin ve iş sahibinin erteleme sözleşmesini yüklenici borçlu temerrüdüne düştükten sonra akdettikleri görülmekte ve devamında bazı sıkıntılar gündeme gelmektedir. İnşaatın teslim edileceği tarih taraflarca sözleşmede belirlenir. Fakat bazı durumlardan dolayı yüklenici kararlaştırılan tarihte inşaatı teslim borcunu yerine getiremeyebilir⁶⁸. Alacaklı temerrüde ilişkin seçimlik haklarını kullanmak yerine uzun süredir iş yaptığı borçluya borcunu ifa etmesi için son bir şans vermek isteyebilir. Yüklenici ve iş sahibi temerrütten sonra teslim zamanının ileriye alınmasına ilişkin bir erteleme sözleşmesi akdedebilirler. Borçlu temerrüdünden sonra akdedilen ve yükleniciye ek süre verilmesinin kararlaştırıldığı erteleme sözleşmesi temerrüdü sona erdirir⁶⁹. Bu süre içerisinde muacceliyet söz konusu olmadığı için temerrüde ilişkin hukukî sonuçlar da ortaya çıkmaz. Yüklenici erteleme süresi içerisinde borcunu ifa etmek için uğraşır ama bu süre içerisinde de inşaatı

⁵⁹ BUZ, Vedat: Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 1998, s. 100; BUCHER, s.356; EREN, N. 3398, s.1222; OĞUZMAN/ÖZ, N. 1498, s.490.

⁶⁰ Eğer alacaklı ihtarda borçluya ifa için ek bir süre vermişse, bunun ifanın ertelenmesi önerisi olarak kabulü mümkündür. Uygulamada ihtar yapılırken ek süre verildiğine rastlanmaktadır. Ek süre verilmesi ihtarın geçerliliği için gerekli değildir. Somut olayın özellikleri değerlendirildiğinde ek sürenin borcu erteleme amacıyla ya da edimin derhal ifasından vazgeçmek amacıyla verildiği sonucuna ulaşırsa, sürenin dolmasıyla beraber ihtarın sonuçları ortaya çıkar. EREN, N. 3414, s.1227; BUCHER, s.359.

⁶¹ Türk Borçlar Kanunu m.117/1 hükmüne göre, borçlunun temerrüde düşürülmesi için kural olarak alacaklının ihtarda bulunması gerekmektedir. Fakat bazı durumlarda borçlunun temerrüde düşmesi için kanun koyucu tarafından ihtar gerekli görülmemiştir. TBK m.117/II hükmüne göre, “Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşme ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur.” Bu tür durumlarda kanun koyucu “ihtar ilkesi”nden ayrılarak bir düzenleme yapmıştır. EREN/DÖNMEZ, N. 26, s.2358; OĞUZMAN/ÖZ, N. 1507, s.492.

⁶² TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.912; BUZ, s.101; EREN, N. 3405, s.1225; OĞUZMAN/ÖZ, N. 1501, s.490.

⁶³ KARACA ÖZ, s.191; ÖZ/ACAR/GÖKYAYLA/DEVELİOĞLU, N. 11, s.1361.

⁶⁴ LEU, Art.75, N. 5, s.540; SCHRANER, Art. 75, N. 79, s.179; TUNÇOMAĞ, s.687; ÖZ/ACAR/GÖKYAYLA/DEVELİOĞLU, N. 12, s.1361; KARACA ÖZ, s.192.

⁶⁵ Erteleme sözleşmesi yapılırken ifa zamanının herhangi bir vadeye, şarta, bir olayın meydana gelmesine ya da muacceliyet ihbarına bağlanması mümkündür. YÜCE, s.265.

⁶⁶ BUCHER, s.405; SCHRANER, Art. 75, N. 80, s.179; WEBER, Art. 75, N. 106, s.276; KARACA ÖZ, s.217.

⁶⁷ KARACA ÖZ, s.217.

⁶⁸ Teslim borcunun ifa zamanına ilişkin detaylı bilgi için bkz. KOCAAĞA, Köksal: İnşaat Sözleşmesi, 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2014, s.122 vd; AYAN, Serkan: İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s.95.

⁶⁹ OĞUZMAN/ÖZ, N. 1007, s.339; KARACA ÖZ, s.218; YÜCE, s.272.

teslim edemez, ikinci kez temerrüde düşerse iş sahibi alacakları için mahkemeye başvurduğunda problemler ortaya çıkmaktadır. Böyle bir durumda yüklenici ile erteleme sözleşmesi akdeden iş sahibinin ilk temerrütten doğan alacaklarından feragat etmiş sayılıp sayılmayacağı konusu doktrinde tartışmalıdır.

Mevcut durumdan ya da tarafların iradelerinden erteleme sözleşmesi akdedilmesiyle birlikte alacaklının temerrüt alacaklarından vazgeçtiği veya vazgeçmediği anlaşılıyor ise herhangi bir ihtilaf ortaya çıkmaz⁷⁰. Somut durum veya tarafların iradeleri çerçevesinde alacağa ilişkin sonuç kesinlik kazanır. Alacaklı, erteleme sözleşmesi yaparken temerrütten doğan alacaklarını da örneğin temerrüt faizini saklı tutmuşsa onun faizi talep edebileceğine ilişkin bir şüphe bulunmaz. Diğer yandan, eğer durumdan veya tarafların anlaşmalarından alacaklının mevcut temerrüt alacaklarından vazgeçtiği sonucuna ulaşırsa artık geçmiş döneme ilişkin olarak tazminat talebi söz konusu olmaz. Zira böyle bir durumda erteleme sözleşmesi ile beraber ibra sözleşmesi de yapılmıştır⁷¹. Erteleme sözleşmesi ile birlikte akdedilen ibra sözleşmesi bozucu veya geciktirici şarta bağlı olarak yapılabilir⁷². Taraflar borçlunun tekrar temerrüde düşmemesi bozucu şartına bağlı olarak erteleme sözleşmesinin yanında ibra sözleşmesi akdedebilirler. Böyle bir durumda erteleme süresi sonuna kadar borç ifa edilmediği takdirde ibra sözleşmesinin hükümsüz olacağını kararlaştırabilirler. Örneğin, alacaklı borçluya şu an alacaklarımdan vazgeçiyorum yeter ki borcunu kararlaştırdığımız tarihte yerine getir ama borcunu altı ay içerisinde ifa etmezsen eski alacaklarımı da talep edeceğim dediğinde ibra sözleşmesi bozucu şarta bağlı olarak akdedilmiş olur. Borçlu borcunu erteleme süresinin sona ermesine rağmen yerine getirmez ve ikinci kez temerrüde düşerse bu durumda bozucu şartın gerçekleşmesi nedeniyle ibra sözleşmesi hükümsüz olur⁷³. Alacaklı bu durumda hem ilk temerrütten hem de ikinci temerrütten doğan alacaklarının yerine getirilmesini borçludan isteyebilir. Alacaklı ve borçlu erteleme sözleşmesi akdederek borçlunun borcunu erteleme süresi içerisinde ifa etmesi hâlinde alacaklının önceki temerrüdün hukukî sonuçlarını da talep etmeyeceğini kararlaştırabilir. Bu hâlde ise ibra sözleşmesi borçlunun bir daha temerrüde düşmemesi geciktirici şartına bağlı olarak yapılmıştır⁷⁴. Borçlu borcunu ifa ettiği takdirde geciktirici şart gerçekleştiğinden ibra sözleşmesi hüküm doğurmaya başlar. Örneğin, alacaklı borçluya sen yeter ki anlaştığımız tarihte borcunu yerine getir öyle olursa geçmişteki alacaklarımdan da feragat edeceğim dediğinde ibra sözleşmesi geciktirici şarta bağlı olarak yapılmış olur. Borçlu borcunu kararlaştırılan tarihte yerine getirdiği takdirde geciktirici şart gerçekleşir ve alacaklı temerrütten doğan alacaklarını artık talep edemez.

Asıl sorun tarafların yaptıkları erteleme sözleşmesinden alacaklının mevcut temerrüt alacağından feragat edip etmediğinin anlaşılacağı zamanlarda ortaya çıkmaktadır. Doktrindeki bir görüşe göre⁷⁵, temerrütten sonra erteleme sözleşmesi akdeden alacaklı temerrütten doğan haklarından feragat etmektedir. Doktrindeki aksini savunan ve bizim de katıldığımız diğer görüşe göre⁷⁶ ise, somut olayda alacaklının ilk temerrüdün hukukî sonuçlarından feragat ettiğini gösteren bir emarenin bulunmaması veya alacaklının açıkça hakkından feragat etmemesi hâlinde alacaklı ilk temerrüdün hukukî sonuçlarını da borçludan isteyebilir. Alacaklının borçlu ile erteleme sözleşmesi yapması ilk temerrütten doğan mevcut alacaklarından vazgeçtiğine dair bir karine oluşturmaz⁷⁷. Yine doktrinde aynı fikri savunan görüşe göre⁷⁸, ivazsız bir erteleme sözleşmesi yapılması hâlinde alacaklının mevcut alacaklarından feragat etmediği ve alacakların varlıklarını sürdürdüğü kabul edilmelidir. Zaten ivazsız olarak borcunu daha ileri bir tarihte ödeme hususunda anlaşma yapan borçlunun hukuken daha avantajlı bir konuma getirilmesi için herhangi bir sebep bulunmamaktadır. Burada temerrütten sonra yapılan erteleme sözleşmesi yalnızca temerrüdü sona erdirir. Fakat temerrüdün daha önceden gerçekleşen hukukî sonuçlarını ortadan kaldırmaz⁷⁹.

⁷⁰ YÜCE, s.273.

⁷¹ YÜCE, s.273.

⁷² KARACA ÖZ, s.219; YÜCE, s.273.

⁷³ KARACA ÖZ, s.219.

⁷⁴ KARACA ÖZ, s.219; YÜCE, s.273.

⁷⁵ Temerrütten sonra erteleme anlaşmasının yapılmış olması müteahhidin temerrüde düşmesini engellemez ancak erteleme sözleşmesiyle beraber temerrüt son bulur. BÜYÜKAY, Yusuf: Eser Sözleşmesi, 2. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2014, s.222.

⁷⁶ BECKER, Art. 75, N. 4, s.387; WEBER, Art.75, N. 109, s.277; BUCHER, s. 405; SCHRANER, Art. 75, N. 80, s.179; OĞUZMAN/ÖZ, N. 1007, s.339; EREN/DÖNMEZ, N. 5, s.2074; EREN, N. 2955, s.1070; YÜCE, s.271; GÜMÜŞ, s.35-36; KARACA ÖZ, s.219.

⁷⁷ “Borçlunun ikinci kez temerrüde düşmesi durumunda hem önceden ortaya çıkmış olan temerrüt sonuçları ve hem ikinci kez ortaya çıkan yeni temerrüt sonucunda meydana gelen gecikme zararları talep edilebilir.” GERNHUBER, Joachim: Die Erfüllung und ihre Surrogate, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 1983, s.79; GLARNER, s.53-54; ADDORISIO DE FEO, s.273; YÜCE, s.274.

⁷⁸ WEBER, Art. 75, N. 109, s.277; BUCHER, s.405; SCHRANER, Art. 75, N. 80, s.179; GÜMÜŞ, s.36.

⁷⁹ “Dava, davacılar akit bağımsız bölümlerin tesliminde gecikme nedeniyle kira tazminatının tahsili istemine ilişkindir. Sözleşmede belirlenen tarihte teslimin gerçekleşmemesi üzerine taraflar 19.3.1998 tarihli ek sözleşmeyi imzalayarak, teslim tarihini 2.4.1999 tarihine ertelemişlerdir. Ek sözleşmenin 3.b maddesinde 2.4.1999 tarihinde teslimin gerçekleşmemesi durumunda, geçmiş kira tazminatları için davalı yüklenicinin 80.000.000.000 liralık senet vermesi kararlaştırılmıştır. Davacılar akit bağımsız bölümlerin 2.4.1999 tarihinde teslim edilmemesi üzerine 12.7.1999 tarihinde tespit yaptırılmış, daha sonra da bu dava açılmıştır. Bu davada 26.12.1994 tarihinden tespit tarihi olan 12.7.1999 tarihine kadar geçen süre için kira tazminatı istenmiştir. Taraflar arasındaki ek sözleşme uyarınca 2.4.1999 tarihinde davacı tarafa akit bağımsız bölümlerin teslimi gerçekleşmediğinden, davacı taraf ilk sözleşmedeki düzenlemeye göre kira tazminatı isteğinde haklıdır. Davalı yüklenici kooperatif vekili cevap dilekçesinde, davacılar akit bağımsız bölümleri 1999 yılı Haziran ayında teslim ettiklerini savunmuşsa da, bu savunmasını ispatlayamamıştır. Teslimi ispatlama yükü davalı yüklenicidedir. Mahkemece yazılı gerekçe ile davanın reddi doğru olmuştur.” Yargıtay 15. HD., 07.10.2004, E.2004/5139, K.2004/4931. www.kazancı.com.tr (Erişim: 01.07.2023).

VI. SONUÇ

Erteleme sözleşmesinin akdedilmesinin taraflar açısından önemli hukukî sonuçları bulunmaktadır. Erteleme sözleşmesi borç muaccel olmadan önce veya sonra akdedilebilir. Erteleme sözleşmesinin yapılmasıyla muaccel borç için mevcut olan muacceliyet ortadan kalkar. Müeccel borç için erteleme sözleşmesi akdedildiğinde ise, taraflarca daha önceden kararlaştırılmış olan muacceliyet tarihi ileriye alınır. Böylece taraflar müeccel borç için erteleme sözleşmesi ile yeni bir ifa tarihi belirlemiş olurlar. Erteleme süresi boyunca borç muaccel değildir. Buna bağlı olarak borçlu temerrüdü gerçekleşmişse ortadan kalkar, zamanaşımı işlemez, alacaklı alacağını talep ve dava edemez ve takas ileri süremez.

Erteleme sözleşmesinin akdedilmesiyle -eğer borçlu temerrüde düşmüşse- borçlu temerrüdü sona erer. Alacaklının borçluya erteleme sözleşmesi yapmasının alacaklının temerrütten doğan alacaklarından feragat anlamına gelip gelmediği hususu uygulamada karşılaşılan ve doktrinde tartışılan bir konu olmuştur. Özellikle uzun süreli inşaat sözleşmelerinde iş sahibi ve yüklenici, yüklenici temerrüde düştükten sonra erteleme sözleşmesi akdetmektedirler. İş sahibi erteleme süresinin sonunda inşaatın teslim edileceğini düşünmekte ve borçlu temerrüdüne ilişkin seçimlik haklarını kullanmak yerine yükleniciyle erteleme sözleşmesi yapmaktadır. Fakat borçlu erteleme süresi içerisinde de borcunu ifa edemeyip ikinci kez temerrüde düştüğünde ve alacaklı ilk temerrütten doğan alacaklarını da talep etmek için mahkeme başvurduğunda ihtilaflar yaşanmaktadır. Eğer mevcut durumdan ya da tarafların iradelerinden erteleme sözleşmesi ile beraber alacaklının temerrütten doğan alacaklarından vazgeçip vazgeçmediği kesin bir şekilde anlaşılırsa burada hukuken herhangi bir tartışmalı durum söz konusu olmaz.

Alacaklı erteleme sözleşmesi ile beraber temerrütten doğan alacaklarından feragatine ilişkin bir ibra sözleşmesi akdedebilir. Söz konusu ibra sözleşmesi geciktirici ya da bozucu şarta bağlı olarak yapılabilir. Böyle bir durumda taraflar alacaklara ilişkin bir sözleşme yaptıklarından herhangi bir sorun gündeme gelmez. Ancak somut durumdan veya tarafların anlaşmalarından bir sonuca ulaşmak mümkün değilse alacaklının temerrütten doğan alacaklarından feragat edip etmediği hususu doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki görüşlerden birine göre, temerrütten sonra akdedilen erteleme sözleşmesi alacaklının ilk temerrütten doğan alacaklarından feragati anlamını taşır. Alacaklı artık borçludan temerrüde ilişkin herhangi bir alacak talep edemez. Doktrinde katıldığımız diğer görüşe göre ise, temerrütten sonra alacaklının borçluya erteleme sözleşmesi yapmış olması temerrütten doğan mevcut alacaklarından feragat ettiğine ilişkin karine teşkil etmez. Erteleme sözleşmesi ileriye etkili sonuç doğurur ve sadece borçlu temerrüdünü ortadan kaldırır. Dolayısıyla alacaklının ilk temerrütten doğan alacakları ortadan kalkmaz. Alacaklı, temerrütten doğan alacaklarını borçludan talep edebilir.

KAYNAKÇA

- ADDORISIO DE FEO, Raniero: Die Fälligkeit von Vertragsforderungen, Schulthess Verlag, Zürich 2011.
- ARAL, Fahrettin: Türk Borçlar Hukukunda Takas, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.
- AYAN, Serkan: İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.
- BAŞ, Seda: Türk Borçlar Hukukunda İptal Edilebilirlik Yaptırımı, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, İstanbul 2022.
- BECKER, Hermann: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht BK, Berner Kommentar Art. 1-183 OR, Band/Nr. VI/1, Stämpfli Verlag, Bern 1941.
- BUCHER, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 1988.
- BUZ, Vedat: Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 1998.
- BÜYÜKAY, Yusuf: Eser Sözleşmesi, 2. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2014.
- ÇUKADAR, Neslihan: Borç İlişkilerinde Def'i ve İtirazlar, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- ERDEM, Mehmet: Özel Hukukta Zamanaşımı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2010.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2019.
- EREN, Fikret/DÖNMEZ, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt III, M. 83-206, 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2022.
- FORSTER, Christian: Allgemeiner Teil des BGB, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2010.
- GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R/SCHMID, Jörg/EMMENEGGER, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, Schulthess Verlag, Zürich 2020.
- GERNHUBER, Joachim: Die Erfüllung und ihre Surrogate, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 1983.
- GLARNER, Hans: Die Stundung im schweiz. Obligationenrechte, Druck der Hans A. Gutzwiller Aktiengesellschaft, Zürich 1925.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: "Muacceliyetin Ertelemesi", Legal Hukuk Dergisi, 11(126), 2013, s.19-41.
- GÜVENÇ, Özgür: Sözleşmenin Kurulmasında İrade Açıklamalarının Yorumu, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- HAJEK, Rolf: Die Stundung. Wesen und Wirkung der Stundung im Bürgerlichen Recht, Handelsdruckerei C. Trute, Quakenbrück 1932.
- HONSELL, Heinrich: Kurzkommentar OR Art. 1-529, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2009.
- KABAŞ TEZCAN, Esen: Kazandırmanın Hukukî Sebebi (Causa), 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- KARACA ÖZ, Ayşe: İfa Zamanını Erteleme Sözleşmesi, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2020.
- KOCAĞA, Köksal: İnşaat Sözleşmesi, 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2014.
- KOLLER, Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2009.
- KOSTKIEWICZ, Jolente Kren: "Schweizerisches Obligationenrecht", in KOSTKIEWICZ, Jolente Kren/WOLF, Stephan/AMSTUTZ, Marc/FRANKHAUSER, Roland (Hrsg), Orell Füssli Kommentar (OFK), 3., überarbeitete Auflage, Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2016.

- KRUGER, Wolfgang: “Schuldrecht Allgemeiner Teil (§ 241-310)”, in KRUGER, Wolfgang (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch BGB, Band 2, 8. Auflage, C.H.BECK Verlag, München 2019.
- LORENZ, Stephan: “BeckOK BGB”, in Bamberger, HEINZ, Georg/ROTH, Herbert/HAU, Wolfgang/POSECK, Roman (Hrsg.), 53. Edition, C.H.BECK Verlag, München 2020.
- LEU, Urs: “Obligationenrecht I”, in HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/WIEGAND, Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar Art. 1-529 OR, 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2011.
- SCHRANER, Marius: “Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. Und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)”, in GAUCH, Peter/SCHMID, Jörg, ZK Zürcher Kommentar Band/Nr. V/1e, Art. 68-96, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2000.
- SPIRO, Karl: Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen: Die Verjährung der Forderungen, Band I, Stämpfli Verlag, Bern 1975.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 18. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- ÖZ, Kerem: Tadil Sözleşmesi, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015.
- ÖZ, Turgut/ACAR, Faruk/GÖKYAYLA, Emre/DEVELİOĞLU, Murat: İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, C.2,3, Madde-83-206, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.
- TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 1. Cilt, 6. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul 1976.
- VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah: Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2014.
- VÖLKER, Lutz: Bürgerliches Recht Kompakt, 3. Auflage, Books on Demand, Norderstedt 2018.
- VON TUHR, Andreas/ESCHER, Arnold: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Dritte Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 1974.
- VON TUHR, Andreas/PETER, Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 1979.
- WEBER, Rolf: “Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht”, in HAUSHEER, Heinz (Hrsg.), Berner Kommentar Band VI 1. Abteilung, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96, Stämpfli Verlag, Bern 2005.
- YÜCE, Melek Bilgin: Alacaklı Borçlu Açısından İfa Zamanı, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Ayşe KARACA ÖZ, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Ayşe KARACA ÖZ, who are the authors have not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnÜHFD in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.

ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİNDE DAVA ŞARTI ARABULUCULUK

MEDIATION AS A CONDITION OF LITIGATION IN ELIMINATION OF PARTNERSHIP

Özge YENİCE CEYLAN*  10.21492/inuhfd.1377452 

Makale Bilgi

Gönderi: 17/10/2023
Kabul : 11/12/2023

Anahtar Kelimeler

*Ortaklığın
Giderilmesi,
Aynen Paylaşma,
Nakden Paylaşma,
Dava Şartı
Arabuluculuk,
Mirasın
Paylaşılması.*

Article Info

Received: 17/10/2023
Accepted: 11/12/2023

Keywords

*Elimination of
Partnership,
Distribution as
Property,
Distribution in Cash,
Mediation as a
Condition of Litigation,
Partition of the Estate.*

Özet

7445 sayılı Kanun m.37 ile Arabuluculuk Kanunu'na (HUAK) eklenen m.18/B'nin getirdiği en büyük yeniliklerden biri, taşınır ve taşınmaz malların paylaşılması ve ortaklığın giderilmesiyle ilgili ihtilaflarda dava açmadan önce arabuluculuk yoluna başvurulmasının dava şartı olmasıdır. Ortaklığın giderilmesi davası, birlikte mülkiyetin ferdi mülkiyete dönüştürülmesini ve ortaklığa konu mal ve hakların ortaklar arasında paylaşılmasını amaçlar. Bu davalar iki taraflı olup tüm taraflar için benzer sonuçlar doğururlar. Bu davalarda kazanan ve kaybeden taraf yoktur. Taşınır ve taşınmaz malların paylaşılması ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuğun dava şartı olması, yalnızca arabuluculuğa başvuru açısından bir zorunluluktur. Arabuluculuk sürecini sürdürme, süreçten vazgeçme, süreci sonlandırma, anlaşmama halinde yeniden arabuluculuğa başvurma veya dava yoluna gitme hususlarında iradilik ilkesi geçerlidir. Ortaklığın giderilmesi davalarında dikkat çeken özellik, taraf sayısının çokluğudur. Gerek taraf sayısının çokluğu gerekse taraflar arasındaki iletişim sorunları, tarafların aralarında anlaşarak paylaşmaya ilişkin karara varmalarını zorlaştırır. Mahkeme tarafından özellikle umuma açık artırma yoluyla satışa karar verildiğinde, dava ve satış masrafları sebebiyle, satış bedelinin önemli bir kısmı harcanmaktadır. Ayrıca satıştan elde edilen bedel, tarafları tatmin etmemektedir. Ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemiyle çözümü, tarafları iktisaden avantajlı bir konuma getirebilir. Ayrıca uyuşmazlık, arabuluculuk yönteminde daha hızlı çözüme kavuşabilecektir. Arabuluculuk yoluna başvurulduğunda, karşılıklı iletişim kurularak tarafların ortak arzusuna en uygun çözüm bulunabilir, mallar icra yoluyla satılmaksızın aile içinde kalabilir. Ortaklığın giderilmesine dair uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulmasında, taraflar pek çok konuyu aydınlığa kavuşturabilirler. Böylece toplumsal barışa katkı sağlanmış olur.

Abstract

Article 18/B, which was added to the Law on Mediation (LMCD) by Article 37 of the Law No.7445, regulates the application to the mediator as a condition of litigation before filing a lawsuit in disputes regarding the division of movables and immovables and elimination of partnership. The action for elimination of partnership is a lawsuit aiming to convert co-ownership into individual ownership and to distribute the property and rights subject to the partnership among the partners. These cases are bilateral and have similar consequences for all parties. There are no winners and losers in these cases. The fact that mediation is a condition of litigation in disputes regarding the division of movable and immovable property and the elimination of partnership refers to an obligation only in terms of application to mediation. The principle of voluntariness applies in terms of continuing the mediation process, abandoning the process, terminating the process, re-applying to mediation in case of disagreement or resorting to litigation. The striking feature of the dissolution of partnership cases is the large number of parties. Both the large number of parties and the communication problems between the parties make it difficult for the parties to reach an agreement and reach a decision on sharing. When the court decides to sell the property, especially through public auction, a significant portion of the sale price is spent due to litigation and sale costs. In addition, the price obtained from the sale does not satisfy the parties. The resolution of disputes regarding the elimination of the partnership through mediation may put the parties in a more economically advantageous position. In addition, the dispute may be resolved faster in the mediation method. When mediation is applied, the most appropriate solution can be found by establishing mutual communication, so that the property can remain within the family without being sold through execution. In resolving disputes regarding the elimination of partnership through mediation, the parties can clarify many issues. Thus, it also contributes to social peace.

 Bu eser Creative Commons Atıf-Gayri Ticari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

* Doç. Dr., Çukurova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** YENİCE CEYLAN, Özge, "Ortaklığın Giderilmesinde Dava Şartı Arabuluculuk", İnÜHFD, 14(2), 2023, s.510-525. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | **This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.**

EXTENDED SUMMARY

Pursuant to Article 18/B of the Law on Mediation in Civil Disputes (LMCD), as of 1.09.2023, applying for mediation in disputes regarding the division of movable and immovable property and elimination of partnership has become a condition of litigation. The elimination of partnership lawsuits filed before this date are exempt from this. However, the parties may resolve the dispute through voluntary mediation if they wish.

The fact that mediation has been made a condition of litigation in disputes regarding the division of movable and immovable property and the elimination of partnership is an obligation only in terms of application to mediation. The principle of volunteering is valid for continuing the mediation process, abandoning the process, terminating the process, reapplying to mediation in case of disagreement or resorting to litigation. The continuation and termination of the process is completely under the control of the parties.

In this study, firstly, the theoretical information on elimination of partnership will be shared, and then evaluations will be made regarding the application of mediation as a condition of litigation in elimination of partnership.

The lawsuits for elimination of partnership are bilateral lawsuits that terminate the co-ownership relationship between the partners or stakeholders in movable or immovable properties subject to shared ownership or joint ownership and provide the opportunity to transition to individual ownership and have similar results for the parties. The action for elimination of partnership also includes a request for apportionment. There are no winners or losers in these cases. The lawsuit has similar results for both parties. In practice, it is a lawsuit filed by the heirs in order to terminate the collective ownership on the immovable properties inherited by inheritance.

The division of movable and immovable property and rights subject to shared or collective ownership is made by unanimous agreement of the shareholders or partners or by court decision. If it is appropriate in terms of legislation, if the amount of shares and the number of shareholders allows, the court decides to share in kind upon request, otherwise, it decides to distribute the sale price obtained through the sale of the relevant goods to the partners, that is, to share through sale.

Immovables registered to the land register, ships registered to the registry, movables, trademarks, share certificates, bonds, negotiable instruments may be subject to the action for elimination of partnership. A decision on the elimination of partnership cannot be made for immovable properties that are not registered to the land register, immovable properties in the nature of public property, the buildings (component part) on the immovable property, the main immovable property subject to condominium ownership, squatter houses and cash. However, if the money left to the heirs with the death of the heir is in a bank deposit account, the heirs must first issue an inheritance certificate. After receiving this document, all heirs should go to the tax office and submit a declaration of inheritance. After this process, the heirs can go to the relevant bank branch with the letter of no debt, certificate of inheritance and identity documents and request the payment of the money inherited to them in proportion to their shares. After analysing the documents, the bank pays the heirs in proportion to their shares. If the money is in a time deposit account, it is expected to mature.

The striking feature of the elimination of partnership cases is the large number of parties. Both the large number of parties and the communication problems between the parties make it difficult for the parties to reach an agreement on sharing. When the court decides on a sale by public auction, a significant part of the sale price is spent due to litigation and sale costs. In addition, the consideration obtained from the sale does not satisfy the parties.

The resolution of disputes regarding the dissolution of the partnership through mediation has the potential to put the parties in a much more advantageous position economically. In addition, the dispute can be resolved in a much faster time in the mediation method. Through mediation, a mutual dialogue can be established and a solution can be found that best suits the mutual wishes of the parties, so that the property can remain within the family without being sold through execution. In the resolution of disputes regarding the elimination of partnership through mediation, the parties have the opportunity to clarify many issues.

In disputes regarding the elimination of the partnership, the mediator should pay particular attention to the issue of party composition when applying for mediation as a condition of litigation in both joint ownership and shared ownership. Especially considering the fact that there is a compulsory litigation friendship among the partners in a joint ownership, the mediator should take care to involve all parties in the process.

This subject is related to a new compulsory mediation practice in our country. For this reason, it has been written with the idea of being a resource for practitioners working in this field..

I. GİRİŞ

7445 sayılı Kanun¹ m.37 hükmüyle, HUAK² m.18/A'dan sonra gelmek üzere, m.18/B eklenmiştir. Bu hükümle getirilen en büyük yeniliklerden biri, taşınır ve taşınmaz malların paylaşılması ve ortaklığın giderilmesiyle ilgili ihtilaflarda dava açılmadan önce arabuluculuk yoluna gidilmesinin dava şartı olmasıdır. 7445 sayılı Kanun m.43, bu kanunun 37'nci maddesinin 1.09.2023 tarihinde yürürlüğe gireceğini belirtmiştir. Bu tarih itibarıyla açılacak bu davalarda, önce arabuluculuk yoluna gidilmesi zorunludur. Bu tarihten önce açılan ortaklığın giderilmesi davalarına muafiyet tanınmıştır. Derdest olan ortaklığın giderilmesi davalarında arabuluculuğa başvurulması zorunlu değildir. Fakat taraflar isterlerse aralarındaki uyuşmazlığı ihtiyari arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturabilirler.

Taşınır ve taşınmaz malların paylaşılması ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk, yalnızca arabuluculuğa başvuru açısından zorunludur. Arabuluculuk sürecini devam ettirme, süreçten vazgeçme, süreci sonlandırma, anlaşamama hâlinde yeniden arabuluculuğa başvurma veya dava yoluna gitme hususunda iradilik ilkesi geçerlidir. Sürecin devamı ve sonlandırılması tamamen tarafların kontrolindedir.

Uygulamada ortaklığın giderilmesi davası için, “izale-i şüyu”, “paydaşlığın giderilmesi”, “paylı hâlin giderilmesi” veya “paylaşma/taksim davası” gibi çeşitli isimler kullanılabilir³. HMK⁴ ise “ortaklığın giderilmesi davası” tabirini kullanmaktadır⁵.

Ortaklığın giderilmesi, dar anlamıyla, yalnızca bir eşya/hak üzerindeki birlikte mülkiyeti sonlandırmayı; geniş anlamıyla ise hem eşya/hak üzerindeki birlikte mülkiyeti sonlandırmayı hem de birlikte mülkiyete konu eşyayı/hakkı, paydaşlar/ortaklar arasında paylaşmayı ifade eder⁶.

Ortaklığın giderilmesi davası, birlikte mülkiyet ilişkisini bireysel mülkiyete dönüştüren çift taraflı bir davadır. Birlikte mülkiyet, paylı veya elbirliğiyle mülkiyet olabilir. Bu dava, taraflar bakımından benzer sonuçlar doğurur⁷. Bu davalarda kazanan veya kaybeden taraf yoktur⁸. Mahkemenin kararı, birlikte mülkiyeti sonlandırması bakımından bozucu, birlikte mülkiyete konu mallar üzerinde bireysel mülkiyet kurması bakımından ise kurucu yenilik doğurur⁹. Bu, taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararıyla tescilden önce kazanıldığı durumlar için geçerlidir.

Birlikte mülkiyeti sonlandırmak isteyen paydaş/ortak tüzel kişi olabilir. Başvurucu veya diğer taraf dernek, vakıf, hazine¹⁰, belediye, il özel idaresi¹¹ vb. olabilir.

Türk Medeni Kanunu¹² (TMK) m.698-700, paylı mülkiyetin sona ermesi hâlinde, TMK m.703 ise, elbirliği mülkiyetinde ortaklığın giderilmesini düzenler.

TMK m.698, paylı mülkiyette, her paydaşın, ortaklığın giderilmesini ve paylaşmayı isteme hakkını düzenler. Bu hükme istinaden kullanılan paylaşmayı talep hakkı, paylı mülkiyeti sona erdirmek amacıyla, paydaşlara tanınmış, paya bağlı¹³, yenilik doğuran bir haktır¹⁴. Paylı mülkiyeti sürdürme yükümlülüğü olmadıkça her paydaş paylaşma isteyebilir.

TMK m.699, paylı mülkiyette paylaşma şeklini düzenler. Paydaşlar, anlaşarak tüm paydaşlar için paylı mülkiyet ilişkisini sonlandırabilirler. Aynen veya nakden paylaşma yollarından birini seçebilirler. Paydaşlar, m.699'da düzenlenen farklı bir paylaşma şekli de kararlaştırabilirler¹⁵.

¹ İİK ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun. RG: 5.04.2023, 32154.

² Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu. RG: 22.06.2012, 28331.

³ RUHİ, Ahmet Cemal/RUHİ, Canan: İzale-i Şüyu – Ortaklığın Giderilmesi – Paydaşlığın Giderilmesi – Paylaşma Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s.7; TOPAL, Önder: Medeni Yargılama Hukuku Bağlamında Çift Yönlü Dava Olarak Ortaklığın Giderilmesi (İzale-i Şüyu) Davası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s.29.

⁴ Hukuk Muhakemeleri Kanunu. RG: 4.02.2011, 27836.

⁵ HMK m.4, m.322. Mülga HUMK (m.569), “izale-i şüyu davası” demektedir.

⁶ TOPAL, s.34.

⁷ RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.7, 17; GÜNAY, Erhan: Ortaklığın Giderilmesi Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s.19-20. Çift taraflı davalar hakkında bkz. KÖROĞLU, Anıl: Medeni Usul Hukuku Bakımından Ortaklığın Giderilmesi Davası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s.37 vd; ATEŞAĞAOĞLU, Erdem/ELGİN, Ceyhan: “Ortaklığın Giderilmesi (İzale-i Şüyu) Davaları: Taşınmaz Satışları İçin İstatistiksel Bir Analiz”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (139), Ankara 2018, s.222; İÇER, Mehmet Fatih: İzale-İ Şüyu (Ortaklığın Giderilmesi) Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s.665; ALTIPARMAK, Cüneyt: “Uygulamada Malikler Arasında Satış Yöntemi ile Ortaklığın Giderilmesi”, İstanbul Barosu Dergisi, 90(3), İstanbul 2016, s.175.

⁸ GÜNAY, s.19.

⁹ TOPAL, s.121; EREN, Fikret: Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s.126. Paylaşılan taşınmazlarda mülkiyetin mahkeme kararıyla geçmediği, taşınmaz, parsellere ayrılıp tapuda ayrı sahifelere kaydedilmedikçe, bu parçaların ayrı hukuki varlıkları olmadığından, bunlar üzerinde mahkeme kararıyla mülkiyet kurulamayacağı hakkında bkz. OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 22. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s.390-391. Aynı yönde: SİRMEN, Lale: Eşya Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s.325. Mahkemece satışa karar verildiğinde, taşınmazın, ancak İİK gereği artırımla satılarak mülkiyet alıcıya geçtiğinde paylı mülkiyetin sona erdiği, mahkeme kararıyla doğrudan paylı mülkiyetin sona ermeyeceği aynı yazarlarca belirtilmiştir.

¹⁰ Davacının, tapu kaydında paydaş olan Maliye Hazinesi'ni hasım göstermesi gerektiği hakkında bkz. Yargıtay 6. HD, 3.07.2008, E.2008/2051, K.2008/8745.

¹¹ 12.11.2012 tarih ve 6360 sayılı Kanun m.1/5, büyükşehir belediyesi bulunan illerdeki il özel idarelerinin tüzel kişiliğini kaldırmıştır. Ayrıca bkz. BULUT, Uğur: “Kamu İcra Hukukunda Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Haklarının Paraya Çevrilmesi ve Genel İcra Hukukuyla Karşılaştırılması”, DEU Hukuk Fakültesi Dergisi, 16, İzmir 2015, s.4633-4670.

¹² RG, 8.12.2001, 24607.

¹³ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.378; EREN, s.118.

¹⁴ İÇER, s.21; TOPAL, s.121; AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku II, Mülkiyet, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s.106; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.378.

¹⁵ KÖROĞLU, s.6.

Paydaşlar, paylaşma şeklinde anlaşamazlarsa veya aralarından biri paylaşmayı istemezse, dava açılmalıdır. Bir paydaş diğer paydaşlara teklifte dahi bulunmadan doğrudan dava açabilir¹⁶. Paydaşlar, davayı ayrı ayrı veya birlikte açabilirler. Davacı paydaşlar arasında olmasa da davalı paydaşlar arasında mecburi dava arkadaşlığı vardır¹⁷.

Elbirliği mülkiyetinde, her ortak, bu mülkiyete tâbi taşınmaz üzerindeki ortaklığın aynen veya satış suretiyle giderilmesini tek başına isteyebilir¹⁸. Fakat paylı mülkiyetten farklı olarak, elbirliği mülkiyetinde, ortaklar, kural olarak, diledikleri zaman ortaklığın giderilmesini isteyemezler¹⁹. Ancak miras ortaklığında, her mirasçı, miras ortaklığını sürdürme yükümlülüğü olmadıkça, mirasın paylaşılmasını her zaman isteyebilir. (TMK m.642/1).

Elbirliği mülkiyetinde, sözleşmeden doğan topluluk devam ettiği sürece paylaşma yapılamaz, pay üzerinde tasarruf edilemez. (TMK m.702/3). Bu tür mülkiyette, ancak katılma/tasfiye payından bahsedilebilir. Bu pay, her ortağın, ortaklığın giderilmesi ve paylaşma sonunda sahip olacağı malvarlıksal hak ve talepleri ifade eder²⁰. Paylaşma ve tasfiye, öncelikle her ortaklık türüne ilişkin özel hükümlere göre belirlenir. (TMK m.276-277, m.383, 640 vd; TBK m.642 vd.). Aksine hüküm bulunmadıkça, paylaşma ve tasfiye, paylı mülkiyet hükümlerine göre yapılır. (TMK m.703/2). Tasfiye tamamlanincaya kadar ortaklık devam eder. Borçlar ödendikten sonra bakiye, tasfiye payı oranında ortaklara özgülenerek dağıtılır. Böylece özümlenen mallar üzerinde bireysel mülkiyet doğar²¹.

Paylı veya elbirliğiyle mülkiyete konu malların paylaşımı, paydaşların/ortakların birlikte yapacağı sözleşme veya mahkeme kararıyla olur. Mahkeme, mevzuata uygunluğu, pay miktarının ve paydaş sayısının imkân verip vermediğini dikkate alarak talep de varsa aynen paylaşmaya; aksi takdirde ilgili malların satış bedelinin ortaklara dağıtılmasına -nakden paylaşmaya- karar verir.

Ortaklığın giderilmesine dair uyumsuzluklarda, taraflar, öncelikle, mevzuatın izin verdiği ölçüde, yapılar için kat mülkiyeti tesisi, arazi bakımından ise ifraz yoluyla aynen paylaşma yönünde anlaşılır²². Taraflar anlaşamadıkları takdirde, aynen/nakden paylaşma hususunda dava açılır. Fakat uygulamada çoğu kez, aynen paylaşma mümkün olmadığından, satış yoluyla ortaklığın giderilmesine karar verilir²³.

Paydaşlar/ortaklar, kural olarak, zamanaşımı süresine tâbi olmaksızın, istedikleri zaman ortaklığın giderilmesi davası açabilirler²⁴.

Daha önce tarafları, konusu aynı olan bir ortaklığın giderilmesi davası açılmışsa, yeni açılan dava, kesin hüküm sebebiyle reddedilmelidir. Nakden paylaşmaya dair kararların on yıl içinde infazı gerekir. (TBK m.156/2). Bu süre içinde aynı konuda ortaklığın giderilmesi davası açılmaz²⁵.

Ortaklığın giderilmesi davasından feragat, kesin hüküm teşkil etmediğinden, yeniden dava açılabilir²⁶. Feragat davayı sonlandırmaz, davacı paydaş davasından feragat etse bile, diğer paydaşlar davaya devam edebilirler²⁷. Dava açıldıktan sonra payı devralan yeni paydaş da davaya devam edebilir. Feragate göre hüküm kurulabilmesi için, tüm paydaşlar feragate katılmalıdır²⁸.

II. ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVASINA KONU OLABİLECEK ŞEYLER

Ortaklığın giderilmesi davasına konu olabilecek en önemli şey, tapuya kayıtlı taşınmazlardır²⁹. Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar hakkında ortaklığın giderilmesi kararı verilemez³⁰. Tapusuz taşınmaz için tescil davası açılmış, tescil kararı verilmişse, ilgiliye tescil için süre verilmeli, taşınmaz tapuya tescil edildikten sonra ortaklığın giderilmesi davasına devam edilmelidir³¹. Birden fazla taşınmazla ilgili ortaklığın giderilmesi aynı davada ileri sürülebilir³². Sicile kayıtlı gemiler de bu davaya konu olabilir³³.

Kamu malı niteliğindeki taşınmazlar, ortaklığın giderilmesi davasına konu olmazlar³⁴. (Kamulaştırma K. m.7). Taşınmazın bir kısmı kamulaştırılmışsa, kalan kısımda ortaklığın giderilebilmesi için ifrazın mümkün olup olmadığı araştırılmalıdır³⁵.

Taşınmaz üzerindeki muhdesat, arazinin bütünleyici parçası olup araziden ayrılması mümkün olmadığı için, üzerinde bulunduğu araziden ayrı olarak bu davaya konu olamaz.

Tapuda ayrı sahifeye kaydedilebilen bağımsız ve sürekli haklar, TMK m.704 uyarınca, taşınmaz kabul edilir. Bu haklar üzerinde birlikte mülkiyet varsa, bunlar da ortaklığın giderilmesi davasına konu

¹⁶ AYAN, s.116, dn.358.

¹⁷ AYAN, s.120; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.378.

¹⁸ GÜNAY, s.25.

¹⁹ AKÇAAL, Mehmet: Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s.384.

²⁰ EREN, s.140.

²¹ AKÇAAL, s.385; EREN, s.143.

²² ALTIPARMAK, s.176.

²³ GÜNAY, s.9.

²⁴ İÇER, s.563; TOPAL, s.62; AYAN, s.106.

²⁵ Yargıtay 6. HD, 2.06.2008, E.2008/5305, K.2008/7028.

²⁶ İÇER, s.565.

²⁷ AYAN, s.117; RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.19.

²⁸ RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.19.

²⁹ BALCI, Şakir: Paylaşma (Ortaklığın Giderilmesi) Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s.127; İÇER, s.230.

³⁰ Aksi görüş: AYAN, s.118.

³¹ İÇER, s.230; RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.17.

³² GÜNAY, s.21.

³³ DEMİR, Şamil: "Ortaklığın Giderilmesinde Arabuluculuk", Ankara Barosu Dergisi, (1), Ankara 2016, s.493.

³⁴ GÜNAY, s.21.

³⁵ İÇER, s.567; GÜNAY, s.124. Yargıtay 14. HD., 22.10.2018, E.2018/1816, K.2018/7007.

olabilirler. Bağımsız ve sürekli hak niteliğini kazanamayan sınırlı aynı haklar, tek başına bu davaya konu olamazlar³⁶.

Kat Mülkiyeti Kanunu'na (KMK) tâbi bağımsız bölümler TMK m.704 uyarınca taşınmaz kabul edilir. Kat irtifakına veya kat mülkiyetine tâbi taşınmazda ortaklığın giderilmesi istenemez. (KMK m.7/1). Ana taşınmaz üzerinde arsa paylı birden çok bağımsız bölüm olduğundan, bu bölümler, ancak birlikte mülkiyete tâbiyse, bu davaya konu olabilirler. Yoksa üzerinde kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulmuş ana taşınmazdaki ortak yerler, paylı mülkiyete tâbi olmalarına rağmen, bu ortak yerlerde paylı mülkiyetin sonlandırılması istenemez.

Gecekondu, kural olarak doğrudan ortaklığın giderilmesi davasına konu olamazlar. Gecekondu Kanunu (GK)³⁷ m.34 uyarınca, bu kanuna göre belediyelerce tahsis olunan arsalar, yapılar ve bu arsalar üstünde yapılan bina ile meydana gelen taşınmazlar, tahsis tarihi itibarıyla on yıl içinde, paylaşım ve satış yoluyla ortaklığın giderilmesi istemine konu olamazlar. Ancak gecekonduların enkaz bedeli, bu davaya konu edilebilir³⁸.

Kooperatif ana sözleşmesinde, pay devri ve satışı yasaklanmamışsa, ortaklar kendi aralarındaki ilişkiyi sonlandırmak için ortaklığın giderilmesi davası açabilirler³⁹.

Taşınmazın bütünüyle parçası niteliğinde olmayan, taşınmaza zarar vermeksizin ayrılabilen taşınmazlar, ortaklığın giderilmesi davasına konu olabilirler⁴⁰. Taşınmaz mallarda ortaklığın giderilmesi, daha ziyade terekedeki mallar için istenir⁴¹.

Bir kimsenin telefon kullanma hakkı ortaklığın giderilmesi davasına konu olabilir⁴². Markalar Türk Ticaret Kanunu (TTK) hükümleri uyarınca parayla ölçülebilen haklardan olup ortaklığın giderilmesi davasına konu olabilir⁴³. Tahvil, hisse senedi, kıymetli evrak için ortaklığın giderilmesi davası açılabilir⁴⁴.

Nakit para için ortaklığın giderilmesi davası açılması gerekmez. Nakit para, ortaklar arasında payları oranında kolaylıkla paylaşılabilir. Mirasçılara kalan para, banka hesabında olabilir. Mirasçılık belgesi alındıktan sonra, tüm mirasçılar, mirasın son yerleşim yerindeki vergi dairesine beyanname vermelidir. Mirasçılar, bu işlemden sonra, borcu yoktur yazısı, mirasçılık belgesi ve kimlik belgeleriyle ilgili banka şubesine giderek kendilerine kalan paranın payları oranında ödenmesini isteyebilirler. Banka, belgeleri inceledikten sonra, payları oranında mirasçılara ödeme yapar⁴⁵. Para vadeli mevduat hesabındaysa vadenin dolması beklenir⁴⁶.

III. ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ ŞEKİLLERİ

A. Aynen Paylaşma

Paylı mülkiyette ortaklığın giderilmesi, aynen paylaşma veya pazarlık yahut artırımla satış suretiyle gerçekleşir. (TMK m.699/1). Bu, anlaşmayla yahut mahkeme kararıyla olur.

Ortaklığın giderilmesini isteme hakkı hem paylı mülkiyeti sonlandırmayı hem paylaşmayı kapsar⁴⁷. Bu hak, paylı mülkiyette pay hakkına bağlıdır. Payın devriyle birlikte paylı mülkiyet ilişkisine katılan yeni paydaşa geçer⁴⁸.

Paydaşlar arasındaki bu anlaşmaya “paylaşma/taksim sözleşmesi” veya “paylı mülkiyeti sona erdirmeye sözleşmesi” denir⁴⁹. İradi paylaşmanın gerçekleşebilmesi için bütün paydaşlar, paylaşma ve bunun şekli konusunda anlaşmalıdır. Bir paydaş dahi paylaşma kararına uymaz veya bunun şekline rıza vermezse anlaşmadan söz edilemez⁵⁰. Paydaşlar aynen paylaşma yolunu seçerlerse, paylı mülkiyete konu taşınmazla ilgili paydaşlara öngülenen parçalar, tapu kütüğüne kaydedildiğinde ve hak sahipliğine ilişkin tescil yapıldığında, paylı mülkiyetten bireysel mülkiyete geçer⁵¹.

Elbirliği mülkiyeti, ortakların oy birliğiyle anlaşmaları veya mahkeme kararıyla paylı mülkiyete dönüştürülerek sonlandırılabilir. (TMK m.703/1). Mirasçılar, yapacakları paylaşma sözleşmesinde, ortaklığın aynen paylaşma yoluyla sonlandırılmasına kadar verebilirler. Bu sözleşmenin geçerliliği yazılı olmasına bağlıdır. (TMK m.676).

Paydaşlar/ortaklar, paylaşma ve paylaşma şekli konusunda anlaşamazlarsa, hâkim, paydaşlardan/ortaklardan birinin talebi üzerine, malın aynen paylaşılmasına karar verir⁵². Hem paylı hem

³⁶ İÇER, s.231.

³⁷ RG: 30.07.1966, 12362.

³⁸ DEMİR, s.493; İÇER, s.233; BALCI, s.129.

³⁹ İÇER, s.233.

⁴⁰ BALCI, s.127; İÇER, s.234.

⁴¹ İÇER, s.656.

⁴² RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.17; BALCI, s.129; DEMİR, s.493.

⁴³ BALCI, s.129; DEMİR, s.493.

⁴⁴ İÇER, s.234; RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.17, 18; DEMİR, s.493.

⁴⁵ RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.18; GÜNAY, s.20-21. Yargıtay 14. HD, 3.12.2018, E.2018/2709, K.2018/8465.

⁴⁶ GÜNAY, s.21.

⁴⁷ TOPAL, s.53.

⁴⁸ SİRMEN, s.320; EREN, s.122; AYAN, s.106.

⁴⁹ AYAN, s.113.

⁵⁰ AKÇAAL, s.367; EREN, s.123.

⁵¹ TOPAL, s.69; AKÇAAL, s.368; SİRMEN, s.323; AYAN, s.115.

⁵² Kanun çerçevesinde aynen paylaşma açık artırma yoluyla satışa nazaran öncelikli görünse de bu konuda hâkime geniş takdir yetkisi tanınması hakkında bkz. EREN, s.127.

elbirliğiyle mülkiyette esas olan, aynen paylaşmadır⁵³. Hâkimin, aynen paylaşmaya karar verebilmesi için, bu paylaşma imar mevzuatı açısından mümkün olmalı ve taşınmazın değerinde önemli değer azalması yaratmamalıdır⁵⁴.

Aynen paylaşma sebebiyle bölünen parçalar değer olarak birbirine denk değilse, hâkim, eksik değeri olan parçaya ivaz eklenerek denkleştirmeye karar verir. Bölme talebi, somut olayın koşullarına uygun değilse, paylı mal önemli değer kaybı olmaksızın bölünemiyorsa, açık artırmayla satışa karar verilir. Paydaşlar arasında artırmayla satış yapılabilmesi için, tüm paydaşların rızası gerekir.

Ortaklığın giderilmesi davalarında, hâkim, aynen paylaşmaya karar verebilmek için, her taşınmazın niteliği, yüzölçümü, pay ve paydaş sayısı ile imar mevzuatına⁵⁵ bakarak bu şekilde paylaşmanın mümkün olup olmadığını araştırır⁵⁶. Taşınmaz, yüzölçümü itibarıyla bölünebilir olmalıdır. Pay ve paydaş sayısı itibarıyla her pay sahibine ekonomik değeri olan bir parça isabet etmiyorsa, aynen paylaşma yoluna gidilmez⁵⁷. Ayrıca paylı mal, aynen paylaşma sebebiyle önemli değer kaybına uğramamalıdır. Taraflar ekonomik değer kaybına rağmen kendi aralarında paylaşma istiyorlarsa, mevzuattan kaynaklı yasaklar olmadıkça, hâkimin buna uyması gerekir⁵⁸. Paydaşlar arasında anlaşma olmadıkça, hâkim, resen, taşınmazların bir kısmını bazı paydaşlara, kalan kısmı diğer paydaşlara verecek şekilde aynen paylaşmaya karar veremez⁵⁹. Aynen paylaşma, malın paylara uygun sayıda, aynı nitelikte parçalara ayrılmasını gerektirir⁶⁰. Bölünen parçaların kime özgüleneceği, resen veya kurayla belirlenebilir⁶¹. Aynen paylaşmada paydaşlardan bazılarının sadece para, bazılarının paylı malın bir parçasının özgülenmesine karar verilemez⁶².

Aynen paylaşma yoluna gidilebilmesi, hukuki bir engel bulunmamasına bağlıdır. Taraflar arasında idame-i şüyu anlaşmasının varlığı, paylı malın sürekli amaca özgülenmesi, imar mevzuatında aynen paylaşmanın yasaklanması, ortaklığın aynen paylaşma yoluyla giderilmesini engeller.

Paylı mal belli bir amaca özgülenmişse, ortaklığın giderilmesi davası açılmaz. Örneğin; iki taşınmazı ayırmak için kullanılan yol, çit, duvar gibi mallar, belli amaca özgülediklerinden, bu davaya konu olamazlar⁶³. Ayrıca tereke malı, değerinde önemli azalma olmaksızın bölünemiyorsa, mirasçılardan birine bütün olarak özgülenir. (TMK m.651). Bunun için, mirasçılardan biri, payına karşılık olarak malın kendisine özgülenmesini istemeli ve pay bu malın değerini karşılayacak miktarda olmalıdır. Ayrıca diğer tüm mirasçılar, özgüleme işlemine razı olmalıdır⁶⁴. Mirasçılar, terekedeki bir malın bölünmesi veya özgülenmesi konusunda anlaşamıyorlarsa, malın satış bedeli bölüştürülmelidir.

TMK m.698/2 uyarınca, paydaşlar anlaşma yaparak paylaşma isteme hakkını sınırlayabilirler. (*İdame-i şüyu anlaşması*). Bu sınırlama en çok on yıl için olabilir. Paylı mal taşınmazsa paylı mülkiyetin devamına ilişkin sözleşme resmi şekilde yapılmalıdır; ayrıca bunun tapuya şerhi mümkündür. Burada kişisel bir hakkın şerhi söz konusudur. Kişisel hakların şerhi, TMK m.1009/2 uyarınca, munzam etki doğurur; kişisel hakkın, o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilmesini sağlar. Bu munzam etki, paylı mülkiyetin devamına ilişkin sözleşmenin şerhi bakımından yoktur⁶⁵. Eşyaya bağlı borca dönüştürme etkisi ise bu şerh bakımından kabul edilmelidir⁶⁶.

TMK m.698/3 uyarınca, paydaşlar, uygun olmayan zamanda paylaşma isteyemezler. Zamanın uygun olup olmadığı hususunda hâkim takdir yetkisine sahiptir.

Davaya konu taşınmazın aynen paylaşılmasına karar verilebilmesi için, taşınmaz, ister belediye ve mücavir alan içinde isterse dışında olsun, hukuken ifraz edilebilir olmalıdır⁶⁷. İfraz, tapuda tek parsel şeklinde kayıtlı taşınmazın, bir plan çerçevesinde birden fazla parçaya bölünmesi ve birbirinden bağımsız parseller şeklinde tapuya kaydedilmesidir⁶⁸. İfraz yapılabilmesi için, bu işlem imar mevzuatına uygun olması ve uygunluğu ilgili idari kurullarca onaylanmalıdır⁶⁹.

Taşınır mallar üzerindeki ortaklığın giderilmesi, taşınmaz mallarda olduğu gibi talep olmak kaydıyla öncelikle aynen paylaşma yoluyla, bu mümkün olmadığı takdirde satış yoluyla gerçekleşir. Taşınır mallara ilişkin ortaklığın giderilmesi davasında, usul açısından, taşınmazlarda ortaklığın giderilmesine ilişkin kurallar uygun düşüğü ölçüde uygulanır⁷⁰. Örneğin, iki kişinin elbirliğiyle mülkiyet hakkına sahip olduğu iki otomobil üzerindeki ortaklık, aynen paylaşma yoluyla giderilebilir⁷¹. Bu durumda arada fiyat farkı varsa

⁵³ İÇER, s.665; GÜNAY, s.105; AKÇAAL, s.369; AYAN, s.151.

⁵⁴ GÜNAY, s.105; AYAN, s.123; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.391.

⁵⁵ İmar Kanunu ile 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda yer alan sınırlamalara dikkat etmek gerekir.

⁵⁶ İÇER, s.667; RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.387. Hâkimin karar verirken paydaşların durumunu, ihtiyaçlarını, birbirleriyle ilişkilerini, malın niteliğini dikkate alması gerektiği hakkında bkz. EREN, s.126.

⁵⁷ İÇER, s.667; RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.387.

⁵⁸ İÇER, s.668.

⁵⁹ RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.387; SİRMEN, s.324; AYAN, s.125-126; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.392.

⁶⁰ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.392; SİRMEN, s.324. Yargıtay 14. HD, 3.10.2016, E.2015/4278, K.2016/7758.

⁶¹ AYAN, s.115, 151; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.392. Bölünen parçalardan hangisinin hangi paydaşa özgüleneceğine hâkimin karar vermesi, kura yoluna gidilmemesi gerektiği hakkında bkz. EREN, s.127.

⁶² AKÇAAL, s.369-370; EREN, s.127; AYAN, s.124-125.

⁶³ İÇER, s.563.

⁶⁴ GÜNAY, s.123.

⁶⁵ SİRMEN, s.225.

⁶⁶ SİRMEN, s.225.

⁶⁷ RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.387; EREN, s.124.

⁶⁸ ALTIPARMAK, s.178.

⁶⁹ KOPUZ, Mehmet: "İmar Hukukunda İfraz ve Tevhid İşlemleri", İstanbul Barosu Dergisi, 94(4), İstanbul 2020, s.121.

⁷⁰ İÇER, s.655.

⁷¹ İÇER, s.655.

nakden denkleştirme yapılır. Taşınır mahiyetindeki tüketim malları bakımından aynen paylaşma uygulamasına daha sık rastlanır⁷². Aynen paylaşmanın mümkün olmadığı durumlarda, satış yoluyla ortaklık giderilebilir. Taşınır malların aynen paylaşmaya konu olabilmesi için, her ortağa/paydaşa aynı türden mal verilmelidir⁷³. Örneğin üç mirasçıya terekede yer alan dokuz adet keçi kalmışsa, her birine üçer adet keçi dağıtılır. Aynen paylaşma mümkün değilse, ortaklığın satış yoluyla giderilmesine karar verilir. Nakit para, her ne kadar taşınır mal niteliğinde olsa da ortaklığın giderilmesi davasına konu olamaz, zira mahiyeti gereği taraflar arasında eşit şekilde paylaşılabilir⁷⁴.

Taşınmaz aynen paylaşmaya yönelik mahkeme kararları, tescil yapılmaya bile, zamanaşımına tâbi değildir. Çünkü mülkiyet, kararın kesinleşmesiyle sicil dışında kazanılır. (TMK m.705/2). Aynı haklara dair temel ilkelerden biri bu hakların zamanaşımına uğramamasıdır. Taşınır malları aynen paylaşmaya yönelik mahkeme kararları ise, taşınır mal ilgisine teslim edilmemişse, kesinleşme tarihinden itibaren on yıl sonra zamanaşımına uğrar⁷⁵. (TBK m.156/2).

B. Kat Mülkiyetine Geçiş

Ortaklığın giderilmesi davası, üzerinde kat mülkiyeti kurulmaya elverişli bir taşınmaza ilişkin açılmış olabilir. Bu davalarda, paydaşlardan/ortaklardan biri, kat mülkiyeti tesisi ve bağımsız bölüm tahsisi suretiyle paylaşma isteyebilir⁷⁶. Bu durumda, hâkim, o taşınmazın mülkiyetinin, KMK m.12'deki belgelere⁷⁷ istinaden kat mülkiyetine dönüştürülmesine ve paylar denkleştirilerek bağımsız bölümlerin ortaklara ayrı ayrı tahsisine karar verebilir. (KMK⁷⁸ m.10/6). Kat mülkiyetine geçiş suretiyle ortaklığın giderilmesi yöntemi, aynen paylaşmanın özel bir görünümüdür.

Taşınmaz üzerinde elbirliği mülkiyetinin olduğu durumlarda, ana taşınmaz doğrudan kat mülkiyetine çevrilemez. Önce elbirliği mülkiyeti paylı mülkiyete dönüştürülür, sonra kat mülkiyeti kurulur⁷⁹. Kat mülkiyetine geçiş yoluyla ortaklığın giderilmesi için, yapının tamamı kâgir olmalı, bağımsız bölümler bağımsız kullanıma uygun olmalı, her paydaşa en az bir bağımsız bölüm düşmelidir⁸⁰.

Kat mülkiyeti tesis edilmiş binanın tamamında ortaklığın giderilmesi istenemez fakat her bağımsız bölümde ortaklığın giderilmesi istenebilir.

C. Satış Yoluyla Paylaşma

Ortaklığın giderilmesi davasında esas olan, ortaklığın aynen paylaşma yoluyla giderilmesidir. Fakat tarafların tamamı aynen paylaşmayı isteseler bile bu her zaman mümkün olmayabilir. Örneğin, bir kanun hükmü arazinin belli büyüklüğün altına düşürülmesini yasaklamış olabilir veya malın fiziken bölünmesi önemli değer kaybına yol açabilir⁸¹. Bu durumda, taraflar, ortaklığın satış yoluyla giderilmesini istemiyorlarsa, hâkim sadece aynen paylaşma yoluyla ortaklığın giderilmesi seçeneğini araştırmalı, bu araştırmanın sonucuna göre davanın kabulüne veya reddine karar vermelidir⁸². Paylı mülkiyetin niteliği itibarıyla aynen paylaşmaya uygun olmaması ve değerinde önemli azalmaya yol açması durumunda nakden paylaşma mümkün olur⁸³.

TMK m.699 paylı mülkiyet, TMK m.703 elbirliği mülkiyeti için bu imkânı sağlar. Ortaklık, aynen paylaşma veya kat mülkiyetine geçiş suretiyle giderilemiyorsa, satış yoluyla giderilir.

Paydaşlar nakden paylaşma yolunu istemişlerse, paylı mülkiyete konu eşya, pazarlık suretiyle veya artırma yoluyla paraya çevrilerek satış bedeli paydaşlar arasında dağıtılır. Artırma yalnızca paydaşlar arasında veya herkese açık artırma şeklinde yapılabilir⁸⁴. Satışın paydaşlar arasında artırımla yapılabilmesi için, bu konuda tüm paydaşların rızası olmalıdır. (TMK m.699/3). Taraflar arasında böyle bir anlaşma varsa, hâkim, pazarlıkla satışa karar veremez⁸⁵. Açık artırımla satışa karar verildiği takdirde, bu satış, İİK hükümlerine göre gerçekleşir. (İİK m.114 vd; 123 vd.). Satış bedeli paydaşlara payları oranında dağıtılır.

Ortaklığın giderilmesi davasında, davacı kadar davalının da talebine bakılır. Davacı davayı açarken sadece paylaşma suretiyle ortaklığın giderilmesini istemiş olabilir. Fakat davalı aynen paylaşma olmadığı takdirde, ortaklığın satış yoluyla giderilmesini istiyorsa, dava terditli hâle dönüşür⁸⁶. Bu durumda davalının talebi hâkim bağlamaz. Hâkim, davalının talebini de dikkate alarak aynen paylaşma olmadığı takdirde satış yoluyla paylaşmaya karar verir. Uygulamada davalılar daha çok terditli açılmaktadır. Dava aynen paylaşma talepli açılrsa bile, dava esnasında ıslah yoluyla ortaklığın satış suretiyle giderilmesi istenebilir⁸⁷.

Ortaklık satış suretiyle giderildiğinde, davaya konu taşınmazın üstünde ağaç, bina gibi bütünleyici

⁷² EREN, s.124.

⁷³ RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.386.

⁷⁴ İÇER, s.655.

⁷⁵ RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.390.

⁷⁶ SİRMEN, s.324; EREN, s.123; AYAN, s.154.

⁷⁷ Kat mülkiyeti kurulması için gerekli belgeler, kimlik belgesi -temsil durumu varsa, vekaletname, yetki belgesi-, mimari proje, yönetim planı ve yapı kullanma izin belgesidir -iskân ruhsatıdır-. Bkz. RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.893; ALTIPARMAK, s.177.

⁷⁸ Kat Mülkiyeti Kanunu. RG: 2.07.1965, 12038.

⁷⁹ İÇER, s.748.

⁸⁰ ALTIPARMAK, s.177.

⁸¹ AYAN, s.127.

⁸² İÇER, s.779.

⁸³ AKÇAAL, s.368; EREN, s.123-124; AYAN, s.115; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.388.

⁸⁴ TOPAL, s.69; AYAN, s.116, 128; EREN, s.127.

⁸⁵ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.389.

⁸⁶ İÇER, s.779.

⁸⁷ RUHİ, A.C./RUHİ, C., s.18.

parça -muhdesat- varsa, bunlar da taşınmazla birlikte satılmalıdır⁸⁸. Bu muhdesatın bazı paydaşlara/ortaklara ait olduğuna dair tapuda şerh varsa veya bu konuda tüm paydaşlar arasında ittifak varsa, muhdesat arazinin değerinde artışa sebep oluyorsa, artışı tespit için, arazinin ve muhdesatın dava tarihi itibarıyla değerleri ayrı ayrı belirlenmelidir⁸⁹. Bu değerler toplanınca taşınmazın toplam değeri anlaşılır. Bunun ne kadarının araziye ne kadarının muhdesata ait olduğu yüzde olarak hesaplanır, satış bedeli paylaşımı bu orana göre yapılır⁹⁰.

Muhdesat, hukuki niteliği itibarıyla bütünlüğü parçadır⁹¹. Bütünlüğü parçalar taşınmazın esaslı unsuru olduğundan, tek başına ortaklığın giderilmesi davasına konu olamazlar. (TMK m.684).

Muhdesat, paydaşların/ortakların tümüne ait olabileceği gibi, içlerinden birine, birkaçına veya üçüncü kişiye ait olabilir. Arazide ek değer artışına yol açmayan muhdesat için ayrı değer takdiri gerekmez⁹². Muhdesat üçüncü kişiye aitse, bu kişi, ortaklığın giderilmesi davasında taraf olamaz, ona pay verilemez⁹³. Somut olayın koşullarına göre, muhdesat taşınmazla birlikte satıldığında elde edilen bedel tüm paydaşlara dağıtıldıktan sonra, üçüncü kişi, bu muhdesat sebebiyle paydaşlara sebepsiz zenginleşme davası açabilir⁹⁴.

Muhdesat, kişisel bir hak olup sahibine arazi mülkiyetinden bağımsız bir aynı hak sağlamaz⁹⁵. Fakat muhdesatın varlığı, ana taşınmazın değerinde artışa neden oluyorsa ve muhdesatın bulunduğu ana taşınmazın üzerindeki ortaklığın satış yoluyla giderilmesi istenmişse, muhdesatın kime ait olduğuna dair tapuda şerh yoksa veya tüm paydaşlar bu konuda ittifak içinde değilse, tespit davası açılmasında hukuki yarar vardır⁹⁶.

Ortaklığın giderilmesine konu taşınmaz üzerinde intifa hakkı gibi sınırlı aynı haklar varsa, taşınmaz bu yükümlülükle birlikte satılır⁹⁷. Böyle bir davada intifa hakkı sahibi davaya dahil edilmelidir⁹⁸. Intifa hakkı sahibi, taşınmazın intifasız satışını isterse, diğer paydaşların muvafakatine bakılmaksızın taşınmazın bu şekilde satışına karar verilmelidir⁹⁹. Bu durumda intifa bedeli bankaya depo edilerek getirisinden faydalanılması sağlanır¹⁰⁰.

TMK m.700'e göre, bir paydaş kendi payı üstünde intifa hakkı kurmuşsa, diğer paydaşlardan herhangi biri, intifa hakkı kurulduğunun kendisine tebliğinden itibaren üç ay içinde paylaşma isterse; nakden paylaşmada intifa hakkı, buna ilişkin paya düşecek bedel üzerinde devam eder¹⁰¹. Üç ay geçtikten sonra yapılacak paylaşma talepleri intifa hakkını etkilemez¹⁰².

Kanun, pay üzerinde intifa, rehin veya taşınmaz yükü kurulmasına açıkça imkân verdiğinden (TMK m.692, m.697, m.700, m.857), pay üzerinde bu sınırlı aynı hakların kurulabileceğinde tereddüt yoktur¹⁰³. Pay, bir hak olduğundan, maddi kullanmayı hedef almayan bir irtifak hakkı olarak, taşınmaz mülkiyeti yanında intifa hakkı kurulabilir. Lehine taşınmaz yükü kurulan kişi, taşınmazı kullanmadığından, pay üzerinde taşınmaz yükü de kurulabilir¹⁰⁴. Fakat pay, eşyanın tamamı üzerinde fiili hakimiyeti, yani maddi kullanmayı hedefleyen irtifak haklarına konu olamaz¹⁰⁵. Taşınmaz payı üzerinde geçit irtifakı, oturma hakkı, üst hakkı, kaynak irtifakı ve diğer irtifakların kurulmasına ne payın ne de bu hakkın niteliği imkân verir¹⁰⁶.

Paylı taşınmazın üzerindeki ipotek veya haciz, paylaşmaya engel değildir¹⁰⁷. Taşınmaz üzerinde ipotek veya hacizli alacak varsa, taşınmaz bunlarla yüklü olarak satılır, açık artırmada teklif edilecek bedel de bu oranda düşer¹⁰⁸. Aynen paylaşmada, paylı taşınmazdaki rehinler, TST m.60 gereği, yeni parsellerin kayıtlı olduğu sahifelere geçirilir. Paylı taşınmazın tümünde değil, bir veya birkaç paydaşın yanında rehin varsa, rehin hakkı, sadece payı rehinli olan paydaşlara düşen parsellerin sahifelerine geçirilmelidir¹⁰⁹. Fakat TST m.61'e göre, paydaşlar rehin haklarının hukuki sonuçlarını kabul ederek rehlin bölünmesi sonucunda oluşacak taşınmazlarına müşterek rehin olarak aynen taşınmasına onay verirlerse, buna göre işlem yapılır.

Aynen paylaşmanın mümkün olmadığı hâllerde, ortaklığın giderilmesine konu mal, pazarlık veya artırma suretiyle elde edilen satış bedeli paydaşlara/ortaklara dağıtılır. (TMK m.699/1). Uygulamada satış

⁸⁸AKÇAAL, Mehmet, "Yargıtay'ın Güncel İçtihatları Işığında Muhdesat", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi,51, Ankara 2022, s.77; İÇER, s.780; RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.490; AYAN, s.129.

⁸⁹AYAN, s.129. Yargıtay 14. HD, 23.10.2018, E.2016/6243, K.2018/7043.

⁹⁰AYAN, s.129. Yargıtay 14. HD, 23.10.2018, E.2016/6243, K.2018/7043.

⁹¹AKÇAAL, Muhdesat, s.77.

⁹²RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.603.

⁹³AYAN, s.130; RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.22, 604.

⁹⁴AYAN, s.130. Ayrıca bkz. ERDOĞAN, Kemal. "Başkasının Arazisinde Muhdesat Meydana Getiren Kişinin Muhdesat Bedeli Talebi", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 27(1), (s.69-111), Ankara 2023, s.69-111.

⁹⁵RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.490.

⁹⁶RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.490.

⁹⁷İÇER, s.781; AYAN, s.131. Yargıtay İBK, 14.03.1960, 1/3; 14. HD, 17.9.2013, E.2013/11698, K.2013/11748.

⁹⁸AYAN, s.121; RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.602.

⁹⁹İÇER, s.781.

¹⁰⁰AYAN, s.131.

¹⁰¹AKÇAAL, s.370; SİRMEN, s.326. TMK m.700'ün değiştirilmesi gerektiği hakkında bkz. ÜREM, Müge: "Satış Yoluyla Paydaşlığın Giderilmesinde Taşınmaza Ait Pay Üzerindeki Intifa Hakkının Varlığına İlişkin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun Kararının ve TMK m.700 Hükümünün Eleştirilmesi", Yargı Kararları Sempozyumu – I: Eşya Hukuku, Editörler: GÜRSEL, Yaman/KAHVECİ, Zeynep Ülkü/BAŞ SÜZEL, Ece, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.

¹⁰²AKÇAAL, s.370; SİRMEN, s.326; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.389-390.

¹⁰³Paylı maldaki sınırlı aynı hakların geleceği, taşınmazların bölünmesi hükümlerine göre belirlenir. Bkz. AYAN, s.127.

¹⁰⁴OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.351, 352, dn.128.

¹⁰⁵EREN, s.96; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.352.

¹⁰⁶EREN, s.96; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.352.

¹⁰⁷SİRMEN, s.328.

¹⁰⁸İÇER, s.782.

¹⁰⁹SİRMEN, s.328. Ayrıca bkz.94/5623 sayılı (mülga) TST m.70.

yoluyla ortaklığın giderilmesi taleplerinde, pazarlık yoluyla satışa pek rastlanmaz¹¹⁰. TMK m.699/son uyarınca, asıl olan aynen paylaşma olsa da durum ve koşullar buna uygun değilse, paylı mal önemli değer kaybı olmaksızın bölünemiyorsa, açık artırmayla satışa hükmedilir. Açık artırma ya herkese açık ya da paydaşlar arasında yapılır¹¹¹. Satışın paydaşlar/ortaklar arasında artırmayla yapılması için tüm paydaşların/ortakların rızası gerekir. Bir paydaş/ortak dahi bunu istemezse, herkese açık artırmayla satış yapılır¹¹². Uygulamada genellikle herkese açık artırma tercih edilmektedir¹¹³. Kararda satışın hangi yöntemle yapılacağı, tereddüde yer bırakmayacak şekilde belirtilmelidir¹¹⁴.

Nakden paylaşmaya karar verilirse, satış bedeli, paydaşlara payları oranında, miras ortaklığında miras paylarına göre ortaklara dağıtılır¹¹⁵. Miras ortaklığı dışındaki elbirliği mülkiyetinde, tasfiye hâlinde ortaklara düşecek katılma/tasfiye payı dikkate alınır. Satışa ilişkin mahkeme kararları, kesinleşme tarihinden itibaren on yıl geçtikten sonra zamanaşımına uğrar¹¹⁶. (TBK m.156/2; İİK m.39).

Nakden paylaşmada tarafların iktisaden zarara uğramalarını önlemek için, paydaşlardan biri, rayiç bedelin üzerinde teklifte bulunabilir ve tüm tarafları tanıyan güvenilir bir tanıdığı devreye girmesiyle diğer paydaşların payını satın alabilir¹¹⁷. Bu bakımdan, bağımsız tarafsız bir üçüncü kişi olan arabulucunun katılımıyla, bu uyuşmazlıkların anlaşmayla sonuçlanması taraflar için tercih edilir olabilir.

D. Alacaklı Tarafından Açılan Ortaklığın Giderilmesi Davaları

Ortaklığın giderilmesi davasını açma hakkı, paydaşa veya elbirliği ortağına aittir. Fakat bazı şartların varlığı hâlinde, mirasçılardan birinin alacaklısı, alacağını tahsil etmek için, terekedeki taşınır veya taşınmaz mallar üzerindeki ortaklığın, aynen veya nakden paylaşılmasını dava edebilir. Bunun için, öncelikle ortada alacak bulunmalı ve bu alacak, elbirliği ortağından olmalıdır. Ayrıca borçlu mirasçının hakkı, elbirliği ortaklığına konu olmalı, borçlu mirasçı aleyhine icra takibi yapılmalı fakat takip sonuçsuz kalmalıdır. İcra Mahkemesi'nden alınan yetkiyle açılan bu davalarda, prensip, borçlu ortağın ortaklığın mülkiyet hakkının, elbirliği mülkiyetine konu olmasıdır¹¹⁸. Tüm ortaklar davaya dahil edilmelidir.

Yetki belgesinin İcra Mahkemesi'nden alınması, üçüncü kişinin bu davayı açması için kanunda öngörülen, özel bir dava şartıdır¹¹⁹. Borca yetecek kadar kısmın satışına karar verilecektir¹²⁰. Ayrıca, İİK m.121 gereği açılan davalarda, satış bedelinin, icra dosyasına değil, ortağa ödenmesine karar verilmelidir¹²¹. Elbirliği mülkiyetine konu taşınır mallarda borçlu ortağın alacaklısı, yaptığı icra takibi sonunda, İİK m.121 yetkisine istinaden açacağı ortaklığın giderilmesi davasıyla alacağına kavuşabilir¹²². Taşınır mal üzerindeki mülkiyet, elbirliği mülkiyeti olmalıdır¹²³. İİK m.121, borçluya ait, elbirliği mülkiyetine tâbi malın haczedilmesi karşısında izlenecek yolu belirlemiştir¹²⁴. Normalde bir elbirliği ortağının borcu sebebiyle o ortağın alacaklısı, ortaklık malvarlığını haczettiremez. Ortaklık malvarlığı ancak ortaklığın borcu için haczettirebilir. Fakat bu usulle ortaklardan birinin alacaklısı, borçlu ortağa ait katılma/tasfiye payını haczettirebilecektir. Bu durumda, paylı mülkiyetten farklı olarak önce elbirliği mülkiyetine vücut veren ortaklık ilişkisi sonlandırılır, sonra tasfiye sonucunda ortağa düşen kısımdan alacak tahsil edilir¹²⁵. (İİK m.94, m.121).

Paylı mülkiyette pay haczi ve satışı mümkün olduğundan, paydaşın alacaklısı ortaklığın giderilmesi davasını açamaz. Açsa bile hukuki yarar bulunmadığından dava reddedilmelidir¹²⁶.

IV. MİRAS SEBEBİYLE PAYLAŞMA

Miras öldüğünde geride birden çok mirasçısı bulunuyorsa, bunlar arasındaki miras ortaklığı, elbirliği ortaklığı niteliğindedir. Miras ortaklığının konusu tereke olduğundan, mirasçıların tereke üzerindeki hak sahipliği elbirliğiyle dir. Mirasçılar, paylaşma sözleşmesi yaparak malları kendi aralarında bölüşmüşlerse, artık elbirliği mülkiyeti sona ereceğinden ortaklığın giderilmesi davası açılmaz¹²⁷. Miras ortaklığı, paylaşmaya kadar varlığını sürdürür¹²⁸.

TMK m.676, mirasın anlaşmayla paylaşılmasını düzenler. Buna göre, paylaşma iki şekilde olabilir:

¹¹⁰ İÇER, s.783.

¹¹¹ İÇER, s.783.

¹¹² İÇER, s.783.

¹¹³ RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.22; İÇER, s.784.

¹¹⁴ İÇER, s.784.

¹¹⁵ GÜNAY, s.115.

¹¹⁶ RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.19. "Para borcunu içeren ilamlarda zamanaşımı süresi on yıl olup bu süre ilamın kesinleştiği tarihten itibaren başlar." Yargıtay 12. HD, 16.11.2020, E.2020/5470, K.2020/9801.

¹¹⁷ RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.23.

¹¹⁸ KARAMERCAN, s.92; BALCI, s.365.

¹¹⁹ İÇER, s.892. Hazinesin alacaklı olduğu durumlarda, 6183 sy. K. çerçevesinde, bu iznin alınması gerekmez. Bkz. BULUT, s.4633 vd. Hazinesin bu sıfatla açacağı ortaklığın giderilmesi davalarında arabulucuya başvuru dava şartıdır.

¹²⁰ İÇER, s.893.

¹²¹ İÇER, s.893.

¹²² KARAMERCAN, s.92; İÇER, s.655-656.

¹²³ KARAMERCAN, s.92; İÇER, s.656.

¹²⁴ BALCI, s.365.

¹²⁵ AYAN, s.143. Elbirliği mülkiyetindeki taşınmazın tasfiyesi sonucunda borçlu ortağa düşecek payın haczi, tapu kütüğüne şerh verilebilir. (İİK m.94).

¹²⁶ RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.20. Yargıtay 6.HD, 12.7.2005, E.2005/6366, K.2005/7456. Bkz. TOPUZ, Gökçen: "Paylı Mülkiyet Hissesindein Haczi ve Satışı", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 17(1), Konya 2009, s.112.

¹²⁷ İÇER, s.564.

¹²⁸ GÜNAY, s.35.

i. Elden paylaşma, ii. Yazılı paylaşma sözleşmesi¹²⁹. Elden paylaşmada tüm mirasçılar, terekedeki malvarlığı değerlerini, aralarındaki anlaşmaya uygun olarak birbirlerine devrederler¹³⁰. Elden paylaşma sözleşmesi şekil şartına tâbi değildir¹³¹. Terekedeki her varlığın niteliğine uyan tasarruf işleminin yapılması, elden paylaşmayı geçerli kılar. Mirasçılar, elden paylaşma yerine paylaşma sözleşmesi yapmışlarsa, bu sözleşmede, tereke mallarının kısmen veya tamamen kime özgüleneceğine oybirliğiyle karar verirler. Bu sözleşmenin geçerliliği, tüm mirasçıların katılmasına ve sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır¹³². Bu nedenle, terekedeki bazı malların devri bakımından resmi şekil koşulu bulunsa bile, yazılı yapılmış paylaşma sözleşmesi yeterlidir. Örneğin, taşınmazların paylaşılması hususunda TMK m.676'ya göre adi yazılı sözleşme, taşınmazın mülkiyetinin, resmi şekil aranmaksızın tescille birlikte devrini sağlar¹³³.

Mirasçılardan biri bile paylaşma anlaşmasına katılmaz veya rıza göstermezse, miras iradi olarak paylaşamaz. Bu durumda, her mirasçı diğer mirasçılara dava açarak mirasın mahkeme kanalıyla paylaşılmasını ister. Bu dava, tüm mirasçılara karşı açılır. Mirasçılar arasında mecburi dava arkadaşlığı vardır¹³⁴. Bu davaya, “mirasın -terekenin- paylaşılması davası” denir.

Her mirasçı, sözleşme veya kanun gereği ortaklığı sürdürme yükümlülüğü bulunmadıkça, mirasın paylaşılmasını her zaman isteyebilir¹³⁵. (TMK m.642/1). Mirasın paylaşılmasında dava zorunluluğu yoktur¹³⁶. Mirasçılar aralarında anlaşamazlarsa dava açılmalıdır.

Her mirasçı, TMK m.642'ye istinaden, terekedeki malların aynen paylaşılması, bu mümkün olmadığına satış yoluyla paylaşılması için Sulh Hukuk Mahkemesi'nde dava açabilir. Aynen paylaşma, taşınmazın fiilen ayrılması, ayrılan parçaların mirasçılara miras payları oranında verilmesini ifade eder¹³⁷. Mirasın paylaşılması davası kabul edildiğinde, mirasçıların birlikte hak sahipliği biter.

Bu davada mahkemenin kararı aynı etkiye sahip olduğundan, mirasçılar, dava sonunda kendilerine özümlenen malvarlığı değerlerini, devir bakımından ek işlem yapmalarına -zilyetliğin devri, tescil, devir gibi-gerek olmaksızın, kararın kesinleşmesiyle kendiliğinden kazanırlar¹³⁸.

Dava kabul edilip paylaşma yapıldığında, paylı mülkiyette ortaklığın giderilmesi davasında olduğu gibi, mirasçılar arasındaki birlikte mülkiyet sona erer. (TMK m.640/1). Mirasın paylaşılması davası, mirasçılar arasındaki elbirliği ortaklığını; paylı mülkiyette ortaklığın giderilmesi davası ise, paydaşlar arasındaki birlikte mülkiyet ilişkisini sonlandırır¹³⁹. Mirasın paylaşılması davası, miras ortaklığını sona erdiren bir ortaklığın giderilmesi davasıdır¹⁴⁰. TMK m.642 ile TMK m.698, kendi niteliklerinden doğan farklılıklar haricinde birbirine paralel davalardır¹⁴¹.

Taraflar arasında geçerli bir miras paylaşma sözleşmesi varsa taraflar bu anlaşmaya istinaden tescil davası açabilirler. Bu durumda, açılan ortaklığın giderilmesi davası reddedilir¹⁴².

Mirası paylaşma davası (TMK m.642), taraflar için benzer sonuçlar doğuran çift taraflı davalardandır, bu davalarda kazanan veya kaybeden taraf yoktur, davacı davadan feragat etse bile, diğer davalıların her biri davayı takip edebilir¹⁴³. Bu dava sonunda aynen paylaşma kararı verilmişse, kararın kesinleşmesiyle ortaklık biter ve mirasçılar kendilerine düşen malların maliki olurlar¹⁴⁴. Nakden paylaşmada, İİK hükümlerine göre elde edilecek satış bedeli paylaşılarak ortaklık giderilir¹⁴⁵.

V. ELBİRLİĞİ MÜLKİYETİNİN PAYLI MÜLKİYETE DÖNÜŞTÜRÜLMESİ

Elbirliği mülkiyeti paylı mülkiyete dönüştürülmekle sona erer. (TMK m.703/1). Ortaklar, aralarında anlaşarak veya mahkeme kararıyla elbirliği mülkiyetini paylı mülkiyete dönüştürebilirler¹⁴⁶. Fakat elbirliği mülkiyetini paylı mülkiyete dönüştürme amacıyla dava açmak, sadece miras ortaklığında mümkündür¹⁴⁷.

3402 sayılı Kadastro Kanunu¹⁴⁸ ek m.3¹⁴⁹'e göre, her mirasçı, miras ortaklığına dayalı elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesini isteyebilir. Bu durumda, tapu müdürü, diğer mirasçıları davet

¹²⁹ ERGÜNE, Mehmet Serkan: “Terekedeki Münferit Mallar İçin Kısmi Paylaşma Davası Açma İmkânının Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz'a Armağan, 22(3), İstanbul, 2016, s.1067; TOPAL, s.86.

¹³⁰ ERGÜNE, s.1067.

¹³¹ TOPAL, s.87.

¹³² RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.22.

¹³³ TANRIVER, Süha: “Mirasın Paylaşılması Sözleşmeleri ve Noterlik Kanunu'nun 89. Maddesi”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 2017(2), Ankara 2017, s.23-30.

¹³⁴ Yargıtay HGK, 24.09.2003, E.2003/6-514, K.2003/512.

¹³⁵ Miras açıldığında mirasçı olabilecek cenin varsa, paylaşma doğuma kadar ertelenir. (TMK m.584). Paylaşma derhal yapıldığında, paylaşma konusu malın/terekenin değeri önemli ölçüde azalıyorsa, hâkim, mirasçılardan birinin talebi üzerine paylaşmayı erteleyebilir. (TMK m.642/3).

¹³⁶ KÖROĞLU, s.9.

¹³⁷ GÜNAY, s.28.

¹³⁸ ERGÜNE, s.1072.

¹³⁹ KÖROĞLU, s.10.

¹⁴⁰ KÖROĞLU, s.11.Yargıtay 1. HD, 25.04.2018, E.2017/1703, K.2018/9465; 8. HD, 05.03.2018, E.2017/1346, K.2018/5275.

¹⁴¹ TOPAL, s.92.

¹⁴² RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.22.

¹⁴³ İÇER, s.660.

¹⁴⁴ İÇER, s.660.

¹⁴⁵ İÇER, s.660.

¹⁴⁶ AYAN, s.151.Anlaşma için oybirliği gerektiği hakkında bkz. Yargıtay 2. HD, 26.05.1986, E.1985/5205, K.1986/5496.

¹⁴⁷ AKÇAAL, s.385; SİRMEN, s.334.Yargıtay 2. HD, 16.05.2011, E.2010/19715, K.2011/8468.

¹⁴⁸ RG: 9.07.1987, 19512.

¹⁴⁹ 5831 sy. K. m.8. RG: 25.01.2009, 27123.

ederek belirlediği süre içinde itirazları varsa bildirmelerini ister. Elbirliği mülkiyetinin devamına dair itiraz bulunmaz veya mirasçılardan biri süresi içinde paylaşma davası açmazsa, talep konusu taşınmaz üstündeki elbirliği mülkiyeti paylı mülkiyete dönüştürülür, mirasçılar adına tapuya tescil edilir.

Miras ortaklığına dayalı elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesine ilişkin diğer imkân, TMK m.644'tür. Buna göre, her mirasçı, terekedeki malların tümü veya bir kısmı üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi isteyebilir. Bu durumda, Sulh Hukuk Hâkimi, diğer mirasçılara davet ederek belirlediği süre içinde itirazları varsa bildirmelerini ister. Elbirliği mülkiyetinin devamını haklı kılan itiraz yapılmaz veya mirasçıların herhangi biri süresi içinde paylaşma davası açmazsa, elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesine karar verilir.

Her mirasçı, TMK m.644'e istinaden, terekedeki malların tamamı veya bir kısmı üstündeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesini isteyebilir. Hâkimin paylı mülkiyete dönüştürme kararı verebilmesi için iki koşul gerçekleşmelidir: i. Elbirliği mülkiyetinin devamını haklı kılan itiraz olmamalı. ii. Mirasçılardan biri, süresi içinde ortaklığın giderilmesi davası açmamalı.

Ortaklığın giderilmesi davalarında olduğu gibi, elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi davasında da hüküm verilirken miras payları için mirasçılık belgesine atıf yapmakla yetinilmemeli, her mirasçının pay oranları ayrı ayrı gösterilmelidir, aksi takdirde infaz aşamasında tereddüt doğabilir¹⁵⁰.

TMK m.644'e istinaden mirasçılar arasındaki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi için açılan dava sürerken, ortaklardan biri ortaklığın giderilmesi davası açmışsa, bu dava, TMK m.644/2 gereği reddedilmelidir¹⁵¹. Benzer şekilde, mirasçılardan biri ortaklığın giderilmesi davası açmışsa, elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi davası açılmaz¹⁵².

Kad.K. ek m.3 uyarınca, tapu müdürlerinin elbirliğiyle mülkiyeti paylı mülkiyete dönüştürme yetkileri vardır.

Elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi için açılan dava, birlikte mülkiyet ilişkisini sonlandırmaz, bireysel mülkiyete geçilmesini sağlamaz. Dolayısıyla bu dava, ortaklığın giderilmesi davası gibi değerlendirilemez¹⁵³. Fakat iki dava bazı yönleriyle benzerlik gösterir¹⁵⁴.

Elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi davasında her iki taraf da aynı anda hem davacıya hem davalıya ilişkin özelliklere sahiptir. Bir tarafın davayı kazanmış olması, diğer tarafın davayı kaybettiği anlamına gelmez¹⁵⁵. Dava kabul edildiğinde, elbirliği mülkiyeti yalnızca bir paydaş için değil, davacı/davalı olması fark etmeksizin tüm paydaşlar için sona erer¹⁵⁶.

TMK m.644 kapsamında dava konusu mallar, tereke mallarının tamamı veya bir kısmıdır. Taşınır ve taşınmaz ayrımı önemli değildir. Terekeye dâhil hak ve alacaklar da dava konusu olabilir¹⁵⁷. Mirasçılar dışında bir kimse bu yola başvuramaz¹⁵⁸. Tereke malları dışında oluşabilen elbirliği ortaklıkları -mesela, adi ortaklıklar- için bu yol kapalıdır. Ortakların, elbirliği ortaklığının tasfiyesi hâlinde kendilerine düşecek payına paralel olarak, bu tasfiye payı üzerindeki aynı ve şahsi hakları, dönüştürme kararıyla paylı mülkiyetteki yeni paya geçer¹⁵⁹. Elbirliği mülkiyetinde pay satışı ve haczi mümkün olmadığından, taşınmazda ortak olan borçlunun alacaklısı, İcra Mahkemesi'nden alacağı yetki belgesiyle (İİK m.121), elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi için dava açabilir¹⁶⁰.

VI. ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİNDE DAVA ŞARTI ARABULUCULUĞUN FAYDALI VE SAKINCALI YÖNLERİ İLE ARABULUCUNUN DİKKAT ETMESİ GEREKEN HUSUSLAR

Ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında, özellikle taraf sayısının çokluğu ve iletişim sorunları, tarafların anlaşarak karara varmalarını zorlaştırır. Taraflar anlaşamadıkları takdirde mahkemeye başvurulur. Mahkeme, ortaklığa konu malların aynen/nakden paylaşılmasına karar verebilir. Uygulamada daha ziyade ortaklığın satış suretiyle giderilmesine karar verilir. Mahkemece özellikle herkese açık artırmayla satışa karar verildiğinde, dava ve satış masrafları sebebiyle, satış bedelinin önemli kısmı harcanır. Ayrıca satıştan elde edilen bedel tarafları tatmin etmez.

Ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarının arabuluculuk yöntemiyle çözümü, tarafları iktisaden avantajlı konuma getirebilir. Ayrıca uyuşmazlık, arabuluculuk yönteminde hızlı çözüme kavuşabilir.

Özellikle miras ortaklığından doğan elbirliği mülkiyetine konu terekenin aile içinde paylaşılma şekli, meydana getirdiği menfaat çatışması sebebiyle aile fertleri arasındaki ilişkileri kötüleştirebilir¹⁶¹. Tarafsız bir üçüncü kişi olarak arabulucunun, taraflara eşit mesafede yaklaşması, güven telkin etmesi, taraflar arasındaki uyuşmazlığın gerçek nedenlerini ortaya çıkararak çözüm olasılığını artırabilir. Aynı olumlu etki, diğer birlikte mülkiyet hâlleri bakımından da geçerlidir.

Elbirliği mülkiyetine konu terekedeki bazı mallar aile yadigarı olabilir, bunların satılması manevi

¹⁵⁰ İÇER, s.33; RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.72.

¹⁵¹ GÜNAY, s.156.

¹⁵² İÇER, s.28.

¹⁵³ KÖROĞLU, s.12.

¹⁵⁴ KÖROĞLU, s.13.

¹⁵⁵ KÖROĞLU, s.13, 14.

¹⁵⁶ KÖROĞLU, s.14.

¹⁵⁷ BALCI, s.474.

¹⁵⁸ BALCI, s.474.

¹⁵⁹ BALCI, s.474.

¹⁶⁰ RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.18.

¹⁶¹ DEMİR, s.491-492.

kayıplara yol açabilir. Arabuluculuk yoluna başvurulduğunda, karşılıklı iletişim kurularak tarafların ortak arzusuna en uygun çözüm bulunabilir, mallar icra yoluyla satılmaksızın aile içinde kalabilir¹⁶².

Ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesinde, taraflar pek çok konuyu aydınlığa kavuşturabilirler. Ortaklığın giderilmesi istenen maldan halihazırda en çok kimin yararlandığı, bu mala kimlerin masraf yaptığı, malın taraflar arasında manevi bir değerinin olup olmadığı, tarafların ekonomik güçleri, söz konusu malla ilgili geçmişte yaşanan uyuşmazlıklar, taraflar arasında geçmişte ve halen yaşanan uyuşmazlıklar, paylaşmanın nasıl yapılacağı hususunda taraflara yol gösterebilir¹⁶³.

Tarafların, ortaklığın giderilmesi davası açmadan önce aralarında anlaşabilme ihtimalleri, bu uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişliliği bakımından olumlu ortam yaratır¹⁶⁴. Bu uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişliliği, dava şartı arabuluculuk düzenlemesi yapılmadan önce de dile getirilmiştir¹⁶⁵.

Ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda gerek elbirliği mülkiyetinde gerekse paylı mülkiyette dava şartı arabuluculuğa başvuru yapıldığında, arabulucu, taraf teşkili konusuna özellikle dikkat etmelidir. Taraflar arasında mecburi dava arkadaşlığının olduğu durumlarda, arabulucu, tüm tarafların sürece dâhil olmasına özen göstermelidir.

Başvuran taraf, küçük/kısıtlı veya onun yasal temsilcisiyse, bu kişiler arasında menfaat çatışması olabilir. TMK m.426/1-2 gereği, yasal temsil ilişkisi çerçevesinde gerçekleştirilen bir işte, temsil olunan küçük/kısıtlı ile yasal temsilci arasında menfaat çatışması bulunuyorsa, o iş için temsil olunana vesayet makamınca talep üzerine veya resen temsil kayyımı atanır.

Ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında taraf sayısı çoksa, arabulucunun tüm taraflara ulaşması sorun olabilir. Arabulucunun ulaşamadığı taraflar varsa, başvuru, taraflara ulaşamaması sebebiyle görüşme yapılamadan anlaşmama şeklinde kapatılmalıdır. Arabulucu, iletişim bilgilerindeki eksiklik sebebiyle tam taraf teşkilini sağlayamamış ve dava şartı arabuluculuk süresi dolmuşsa, dosyayı kapatırken, taraflara dosyayı süre nedeniyle kapatmak zorunda kaldığını fakat tarafların isterlerse sürece ihtiyari devam edebileceklerini hatırlatmalıdır.

Taraflar arasında mecburi dava arkadaşlığı varsa -mesela elbirliği ortaklığı-, arabulucu tüm taraflara ulaşmalı, arabuluculuk görüşmelerine katılmalarını sağlamalıdır. Aksi takdirde arabuluculuk süreci görüşme yapılamadan anlaşmama şeklinde kapatılmalıdır.

Arabulucu, hazırlık aşamasında, başvurucağın e-devlet üzerinden edinebilecekleri tapu kayıtlarını sunmalarını isteyebilir. Paylı mülkiyette paydaşlar payları üzerinde tasarruf edebildikleri için pay devrine yönelik anlaşma yapabilirler. Bunun dışında anlaşma, paylı veya elbirliğiyle mülkiyeti sona erdirecek şekilde aynen/nakden paylaşmaya yönelik olabilir. Arabuluculuk süreci içerisinde tapu kayıtlarında değişiklik meydana gelebilir. Bu durumda doğabilecek hak kayıplarını önlemek amacıyla, taraflar, HUAK m.17/B-2 bağlamında tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhinin verilmesine dair anlaşabilirler.

Anlaşma belgesini taraflar hazırladıkları için içeriğini serbestçe belirleyebilirler. Fakat arabulucunun bu belge hazırlanırken taraflara aydınlatıcı sorular yönelmesi, anlaşma belgesinin icra edilebilirliğinde tereddüt oluşmasını önler. Tarafların anlaşığı hususlar, tereddüt doğurmayacak açıklıkta olmalıdır. Nihayetinde bu belgeyle, taraflar arasındaki uyuşmazlığa çözüm getirilecek ve uyuşmazlık sona erecektir.

Taraflar, aralarındaki ortaklığın satış yoluyla giderilmesine karar verebilirler. Bu durumda anlaşma belgesinde satışın nasıl gerçekleşeceği, satış bedelinin aralarında nasıl paylaşılacağı anlaşma belgesine yazılmalıdır.

Taraflar, görüşmeler esnasında uyuşmazlık konusu taşınmazın değerine ilişkin tespit yapmak isterlerse, gayrimenkul değerlendirme uzmanlarından rapor alabilir, arabuluculuk görüşmelerinde bu raporu dikkate alabilirler.

İki kişinin birlikte mülkiyet hakkına sahip olduğu iki taşınmaz üzerindeki ortaklık, aynen paylaşma yoluyla giderilebilir. Arada fiyat farkı olduğunda nakden denkleştirme yapılabilir.

Tarafların anlaşmak istedikleri husus, bölünebilir bir arazinin ifraz suretiyle aynen paylaşılması olabilir. İfraz idari bir işlemdir ve taşınmaz maliklerinin talebiyle yapılabilir. Bunun için, ifraz işlemi imar mevzuatına uygun olmalıdır. Uygun olup olmadığı, belediye encümenleri veya il idare kurullarının onayına tâbidir. Bu sebeple, idari onay olmaksızın yalnızca anlaşma belgesiyle tapuda ifraz işlemi yapılamayacaktır.

Ortaklık, kat mülkiyetine geçiş yoluyla giderilebilir. Bunun için, yapının tamamı kâgir olmalı, bağımsız bölümler bağımsız kullanıma uygun olmalı ve her paydaşa en az bir bağımsız bölüm düşmelidir. Kat mülkiyeti iradi olarak kurulabilir. Bunun için resmi senet ve tapu siciline tescil yapılmalıdır. Resmi senet tescilin hukuki sebebidir. Taşınmaz üzerinde paylı mülkiyet varsa, resmi senet tüm paydaşların talebi üzerine tapu memurları tarafından düzenlenir¹⁶⁶. HUAK m.17/B, taşınmazın devrine ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğunu, anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerhin alınmasının zorunlu olduğunu belirtmiştir. Bu hükümle, taşınmaz mülkiyetinin kazanılması bakımından yeni bir kazanma sebebi

¹⁶² DEMİR, s.492.

¹⁶³ DEMİR, s.497.

¹⁶⁴ TOPAL, Önder: “Paylı Mülkiyet ve Miras Ortaklığının Sona Ermesinde Tahkimin veya Arabuluculuğun Caiz Olup Olmadığı”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12(1), Malatya 2021, s.253; DAĞLIOĞLU, Duygu: “Aile Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk”, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi (ASBÜ) Hukuk Fakültesi Dergisi, (2), 2020, Ankara 2020, s.561.

¹⁶⁵ TOPAL, Arabuluculuk, s.253; DEMİR, s.493.

¹⁶⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.704.

oluşturulduğu dikkate alındığında, kat mülkiyeti tesisinin de bu hükmün kapsamına girdiği kabul edilmelidir.

Aynen paylaşmanın mümkün olmadığı durumlarda taraflar satış yoluyla ortaklığın giderilmesini kararlaştırabilirler. Ortaklığın giderilmesinde arabuluculuk özellikle cebri satışın dezavantajlarını bertaraf eder. Taraflar birlikte mülkiyete konu malın ucuza gitmesini ve aşırı masraflara neden olmasını istemezler. Bu sebeple tarafların anlaşma belgesinde birlikte mülkiyete tâbi malların cebren satışı hususunda anlaşmaları beklenmez. Fakat anlaşma belgesinden doğan edimlerin yerine getirilmemesi nedeniyle ileride dava açıldığı takdirde, bu dava sonucunda verilecek ilama bağlı olarak cebren satış söz konusu olabilir.

VII. HUAK M. 17/B-2 KAPSAMINDA ÖNGÖRÜLEN ŞERHİN NİTELİĞİ VE ETKİSİ

7445 sayılı Kanun m.34 ile Arabuluculuk Kanunu'na m.17/B¹⁶⁷ eklenmiştir. Bu hükümle, taşınmaz devri ve taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak tesisine dair uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğu belirtilmiştir. Bu uyuşmazlıklarda, taraflar yazılı olarak kararlaştırır¹⁶⁸ ve arabulucu bu kararı tutanak¹⁶⁹ altına alırsa, arabulucunun talebiyle¹⁷⁰, arabuluculuk süreciyle sınırlı olmak ve konulduğu tarihten itibaren üç ayı geçmemek üzere, tasarruf yetkisinin kısıtlandığına dair tapu siciline şerh verilir. Bu şerh, taraflar anlaşamazlarsa veya taraflar şerhin kaldırılması konusunda anlaşılarsa¹⁷¹ arabulucunun talebiyle yahut üç aylık sürenin sonunda kendiliğinden kalkar. Bu düzenlemeyle, taşınmaz devri ve taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak tesisine yönelik uyuşmazlıklarla ilgili arabuluculuk sürecinde, tarafların hukuki menfaatlerinin geçici olarak güvence altına alınması ve hukuki işlem güvenliğinin sağlanması amaçlanmıştır. Ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında, taşınmaz devri gerekiyorsa veya taraflar bu konuda çözüm yollarını görüşmek istiyorlarsa, m.17/B kapsamında şerh alınabilecektir¹⁷².

Kanun, m.17/B ile getirilen şerhi bir tasarruf kısıtlaması şerhi olarak düzenlemiştir. Bu şerhin kapsamını, tarafların arabulucuya sundukları yazılı anlaşmanın içeriği belirler¹⁷³. Fakat amaçsal olarak en yakın şerh, çekişmeli hakların korunması şerhidir¹⁷⁴. TMK m.1010/2 gereği, tasarruf yetkisi kısıtlamaları, şerh verilmekle, taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine ileri sürülebilir. Dolayısıyla bu şerhle kişinin tasarruf yetkisi tamamen kaldırılmaz, taşınmaza ilişkin tapu sahifesi tescil veya terkinlere kapatılmaz. Fakat uygulamada hâkim dava sonuçlanıncaya kadar malikin o taşınmaz üzerinde her türlü tasarrufunu yasaklayan, tapu kütüğünü tüm işlemlere kapatan bir ihtiyati tedbir kararı vermektedir¹⁷⁵.

HUAK m.17/B-2 kapsamında, tarafların yazılı olarak anlaşması ve arabulucunun talebiyle, ilgili taşınmazın tapu kütüğü sahifesine -bilgisayar ortamında- tasarruf yetkisini kısıtlayan bir şerhin konulabilmesine ilişkin usul, maddeye eklenecek ayrı bir fıkra veya yönetmelikle daha detaylı bir şekilde düzenlenmelidir. Hükmün mevcut haliyle uygulanabilirliği noktasında boşluklar vardır. Tarafların şerh anlaşması yaptığı durumlarda, buna ilişkin arabuluculuk tutanağını da imzalamaları zorunluluğu, tapu müdürlüğüne denetim yetkisi verilmesi önerileri dikkate alınmalıdır.

VIII. İCRA EDİLEBİLİRLİK ŞERHİNE İLİŞKİN ÖZELLİKLİ DURUMLAR

Taraflar, arabuluculuk görüşmeleri sonucunda anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşmanın kapsamını kendileri belirler. (HUAK m.18). Bu çerçevede hazırlanacak anlaşma belgesini¹⁷⁶ hem taraflar hem arabulucu imzalar. Anlaşma belgesi, taraflar arasında hukuki güvenliği sağlamak, anlaşmanın yerine getirilmesini kolaylaştırmak, gerektiğinde cebri icraya başvurmak bakımından fayda sağlar¹⁷⁷. Bu belge

¹⁶⁷ Yürürlük tarihi: 1.09.2023.

¹⁶⁸ Bu şerhin konulabilmesi için tarafların anlaşmaları şartı eleştirilmiştir. Buna göre, taraflar anlaşamadıkları için arabulucuya gittiklerinde, onlardan şerh konusunda anlaşmalarını beklemek mantıksızdır. Bu nedenle anılan şerh imkânı arabuluculuk pratiğinde işlevselliğinden uzaktır. Hükmünde değişiklik yapılarak şerhin tek taraflı başvuruya konulabilmesi, başvurunun sürecin başlamasıyla doğrudan görevli ve yetkili mahkemeye yapılması, değerlendirmeyi mahkemenin yapması, başvuru haklı görülürse başlatılan arabuluculuk süreci sona erinceye kadar bu şerhin konulabilmesi önerilmiştir. Bkz. KAPANCI, Kadir Berk: “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 17/B Maddesinin İkinci Fıkrasında Tapu Siciline Düşülebileceği Öngörülen Şerhin Hukuki Niteliği ve Meydana Getireceği Etkiler Üzerine Değerlendirmeler”, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(1), İstanbul 2023, s.39-41.

¹⁶⁹ Bu tutanağın, diğer arabuluculuk ara tutanaklardan farklı olarak gizlilik ilkesinin istisnasını oluşturduğu hakkında bkz. BADUR, Emel/KURT KONCA, Nesibe: “Arabuluculuk Sürecinde Tapu Siciline Tasarrufu Kısıtlayıcı Şerh Konulması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 72(2), Ankara 2023, s.847. Kanun, bu tutanağı tarafların imzalaması gerektiğine dair açık düzenleme getirmese de kötüye kullanımı önlemek amacıyla, tutanakta tarafların da imzasının olması önemlidir. Bkz. KIYAK, Emre: “6325 Sayılı Kanun’un Milletlerarası Sulh Anlaşma Belgelerinin İcrasına İlişkin m. 17/A ile Taşınmazın Devrine veya Taşınmaz Üzerinde Sınırlı Ayni Hak Kurulmasına Yönelik Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğa İlişkin m.17/B Düzenlemelerine Genel Bakış”, Lexpera Blog, 13.04.2023.

¹⁷⁰ Bu düzenlemeyle, tapuya şerh konulmasında hak sahiplerinin talepte bulunabilmesi kuralına istisna getirilmiştir. Ayrıca, tapu idaresi, arabulucunun talebinin m.17/B-2’nin şartlarını taşıyıp taşımadığını, talepte bulunanın arabulucu olup olmadığını, o uyuşmazlık bakımından süreci yürütüp yürütmediğini değerlendirmelidir. Bu sebeple denetlemeye imkân veren bir prosedürün düzenlenmesi gerektiği hakkında bkz. BADUR/KURT KONCA, s.863.

¹⁷¹ Kanun, bu anlaşmanın yazılı olmasını aramasa da arabulucunun, talepte bulunurken dayanak olarak tarafların yazılı anlaşmasına ihtiyaç duyacağı hakkında bkz. KIYAK, Lexpera Blog, 13.04.2023.

¹⁷² BADUR/KURT KONCA, s.848.

¹⁷³ KIYAK, Lexpera Blog, 13.04.2023.

¹⁷⁴ KAPANCI, s.39; BADUR/KURT KONCA, s.868.

¹⁷⁵ AKÇAAL, s.287.

¹⁷⁶ Anlaşma belgesi için arabuluculuk sulh sözleşmesi kavramı da kullanılmıştır. Bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Arabuluculuk Sözleşmeleri, Turhan Kitabevi, Ankara 2020, s.87.

¹⁷⁷ KURT KONCA, Nesibe/BADUR, Emel: “Taşınmazın Aynına İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 14(56), Ankara 2023, s.543.

maddi hukuka ilişkin bir borçlar hukuku sözleşmesidir¹⁷⁸. Bu nedenle sözleşmeler hukukunun genel ilkelerine tâbidir. Bu sözleşmenin esaslı unsurları, arabuluculuk sonucunda ulaşılmaması, tarafların anlaşması ve kanuni şekil şartlarına uyulmasıdır¹⁷⁹. Anlaşma belgesi medeni usul hukuku bakımından, adi senet hükmünde olup kesin delil teşkil eder¹⁸⁰.

Anlaşma belgesi, özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesine rağmen, kanun gereği, ilam niteliğinde belge sayılabilir. Bu, HUAK m.18 gereği iki şekilde mümkündür. İlki, mahkemeden icra edilebilirlik şerhinin alınmasıdır. Diğer, tarafların, avukatlarının ve arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesinin varlığıdır. Bu durumda, anlaşma belgesi, ayrıca icra edilebilirlik şerhi alınmasına gerek kalmaksızın ilam niteliğinde sayılır. Bu belgeler ilamların icrası hükümleri uyarınca icra olunur¹⁸¹. Fakat icra edilebilirlik şerhi almış bir anlaşma belgesi, yalnızca cebri icra yoluyla yerine getirilebilme açısından ilamlarla eşdeğer konumda bulunduğundan, bu belge ilamlara özgü bir nitelik olan maddi anlamda kesin hüküm gücünden tamamen yoksundur¹⁸².

İcra edilebilirlik şerhi, anlaşma belgesinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olduğunu gösteren ve normalde, mahkemeler tarafından çekişmesiz yargı neticesinde verilen bir belgedir¹⁸³. Fakat HUAK m.18/B kapsamında düzenlenen anlaşma belgelerinde icra edilebilirlik şerhi alınması zorunludur. (m.18/B-3). Taşınır ve taşınmazların paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar da bu kapsamdadır. (m.18/B-1,b).

HUAK m.18/B-2 uyarınca, anlaşma belgesi, kanunlarda taşınmazlarla ilgili sınırlamalar ve kurallar dikkate alınarak düzenlenecektir. Taşınmaz üzerinde aynı hak tesisine dair sözleşmeler prensip olarak resmi şekle tâbidir. Taşınmazın aynına ilişkin anlaşma belgelerinin icra edilebilirliğine ilişkin şerhin alınması zorunludur. (m.17/B-4). Böylece taşınmaz mülkiyetinin veya taşınmaz üzerindeki sınırlı aynı hakların kazanılması bakımından yeni bir kazanma sebebi oluşturulmuştur¹⁸⁴.

Taşınmazla ilgili anlaşma belgelerinde icra edilebilirlik şerhi, derdest bir dava olup olmadığı ayırt edilmeksizin, taşınmazın bulunduğu yerdeki Sulh Hukuk Mahkemesi'nden alınır. (m.17/B-4). Diğer anlaşma belgelerinde arabulucunun görev yaptığı yerdeki Sulh Hukuk Mahkemesi yetkilidir. Fakat dava görülürken arabuluculuğa başvurulmuşsa, icra edilebilirlik şerhi davanın görüldüğü mahkemeden istenebilir. (m.18/2).

Mahkeme, anlaşma belgesini öncelikle şekil yönünden inceler. Mahkeme ayrıca, sürecin sicile kayıtlı bir arabulucu tarafından yürütülüp yürütülmediği, tarafların ehliyet ve yetkilerinin olup olmadığı, anlaşma belgesinin emredici hükümlere, kamu düzenine aykırı olup olmadığı, belgede tarafların, varsa vekillerinin ve arabulucunun imzalarının bulunup bulunmadığı, anlaşmanın içerik itibarıyla cebri icraya elverişli olup olmadığı, kanunlarda taşınmazlarla ilgili sınırlama ve kurallara uyulup uyulmadığını denetler¹⁸⁵. Mahkeme inceleme yaparken, çeşitli kurum veya kuruluşlardan bilgi/belge talep edebilir. Tapu kayıtlarını TAKBİS üzerinden inceleyebilir, gerekirse tapu kayıtlarını tapu müdürlüklerinden isteyerek kayıtlar üzerinden içerik denetimi yapar. Gerekli gördüğü durumlarda duruşma açabilir. (HUAK m.17/B-4, m.18/B-3). Böylece, normalde icra edilebilirlik şerhini verecek olan mahkeme, yalnızca anlaşma içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığını incelemekle yükümlü iken, HUAK m.18/B kapsamındaki anlaşma belgelerinde bu yükümlülüğün kapsamı genişletilmiş ve mahkemeye anlaşmanın içeriğini, arabuluculuk ve cebri icraya elverişli olup olmadığını ve kanunlarda taşınmazlara ilişkin usul ve esaslara uyulup uyulmadığını denetleme görevi verilmiştir.

Taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda, anlaşma belgesi icra edilebilirlik şerhi aldığı anda, tapu sicilinde işlem yapılmasına imkân sağlar. Böylece ilam niteliğinde belge kavramına tapu müdürlüklerindeki tescil taleplerinin hukuki dayanağını teşkil etme işlevi kazandırılmaktadır¹⁸⁶.

Mahkeme, icra edilebilirlik şerhi vermeden önce, varılan anlaşma uyarınca tapu sicilinde taşınmazla ilişkin yapılacak işlemlerin açık ve anlaşılır olmasına dikkat etmelidir. Anlaşma belgesi açık ve anlaşılır değilse, icrasında tereddütlere neden olma olasılığı varsa, mahkemece icra edilebilirlik şerhi talebi reddedilmelidir. Mahkemece anlaşmadaki belirsizlik veya çelişkileri gidermek üzere yargılama yapılması, anlaşma belgesindeki taraf iradeleri yorumlanarak icraya elverişli hâle getirilmesi mümkün değildir¹⁸⁷.

IX. ARABULUCULUK SÜRESİ VE ÜCRETİ

Ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk sürecinin tamamlanması için uyulması gereken süre, HUAK m.18/A,9'a göre belirlenir. Zira kanunda bu hususta özel bir süre öngörülmemiştir. Arabulucu, başvuruyu görevlendirme tarihinden itibaren üç hafta içinde sonuçlandırmalıdır; bu süreyi zorunlu hâllerde en fazla bir hafta kadar uzatabilir. Dört hafta içinde dava şartı arabuluculuk sürecine ilişkin görüşmelerin tamamlanamaması veya bu süre içerisinde taraf teşkili sağlanmasında daha fazla zamana ihtiyaç duyulması hâlinde, arabulucu, taraflara, bu süreci süre nedeniyle tamamlamak zorunda olduğunu, isterlerse süreci ihtiyari olarak sürdürebileceklerini hatırlatmalıdır.

¹⁷⁸ ÖZBEK, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, (AUÇ), s.1715.

¹⁷⁹ BADUR, Emel: "Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 9(18), Ankara 2021, s.58.

¹⁸⁰ ÖZBEK, AUÇ, s.1715.

¹⁸¹ ERKAN, Mustafa: Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020), s.65.

¹⁸² TANRIVER, Medeni Usul Hukuku, Cilt: II, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

¹⁸³ KURT KONCA/BADUR, s.550.

¹⁸⁴ KURT KONCA/BADUR, s.550.

¹⁸⁵ TANRIVER, Süha: Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s.119-120.

¹⁸⁶ KURT KONCA/BADUR, s.553.

¹⁸⁷ KURT KONCA/BADUR, s.556.

Arabulucu, yaptığı arabuluculuk faaliyeti karşılığında, taraflardan ücret ve masraf talebinde bulunabilir. Arabulucu, sürece başlamadan önce gider avansı isteyebilir¹⁸⁸. Arabulucu ücreti, prensip olarak, arabuluculuk faaliyetinin sona erdiği tarihte yürürlükte olan Tarife uyarınca belirlenir. Ücret ve tüm masraflar, aksi yönde bir anlaşma bulunmadığı takdirde, taraflarca eşit olarak karşılanır.

Ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda, arabulucunun ücreti, maktu olarak, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi'nin Birinci Kısımına göre, “diğer tür uyuşmazlıklarda” başlığı altında yazılı miktarlar üzerinden hesaplanır. Konusu para olan yahut parayla değerlendirilebilen uyuşmazlıklarda Tarife'nin İkinci Kısımına göre nispi hesaplama yapılır. Bu ihtimalde de arabuluculuk ücreti maktu ücretten az olamaz.

X. SONUÇ

1 Eylül 2023'ten itibaren, taşınır ve taşınmaz malların paylaşılması ve ortaklığın giderilmesi konulu uyuşmazlıklarda, dava açılmadan önce arabulucuya başvuru zorunlu hâle getirilmiştir. (HUAK m.18/B). Ortaklığın giderilmesi davası, paylı veya elbirliğiyle mülkiyet ilişkisini sonlandırarak ferdi mülkiyete geçme imkânı sağlar. (TMK m.698-700; m.703). Mirasçılar da yapacakları paylaşma sözleşmesinde, ortaklığın aynen paylaşma yoluyla sonlandırılmasını kararlaştırabilirler. Taraflar arasında anlaşma olmadıkça, taraflardan birinin talebi üzerine, hâkim, malın aynen paylaşılmasına karar verir. Elbirliği mülkiyetine konu mallarda borçlu ortağın alacaklısı, yaptığı icra takibi sonunda, İİK m.121 yetkisine istinaden açacağı ortaklığın giderilmesi davasıyla alacağına kavuşabilir. Her mirasçı, TMK m.642'ye istinaden, terekedeki malların aynen paylaşılması, bu mümkün olmadığında satış yoluyla paylaşılması için dava açabilir. Mirasın paylaşılması davası kabul edildiğinde, mirasçıların birlikte hak sahipliği biter.

Ortaklığın giderilmesi davalarında, taraf sayısının çokluğu dikkat çeker. Mahkemece özellikle herkese açık artırma yoluyla satışa karar verildiğinde, dava ve satış masrafları sebebiyle, satış bedelinin önemli kısmı harcanır. Ayrıca satıştan elde edilen bedel tarafları tatmin etmez. Bu uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemiyle çözümü, taraflara ekonomik avantaj sağlar. Uyuşmazlık, arabuluculuk yönteminde çok daha hızlı çözülür. Arabuluculuk sürecinde, karşılıklı iletişim kurularak tarafların ortak arzusuna en uygun çözüm bulunabilir, mallar icra yoluyla satılmaksızın aile içinde kalabilir.

Ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında gerek elbirliği mülkiyetinde gerekse paylı mülkiyette dava şartı arabuluculuğa başvuru yapıldığında, arabulucu, taraf teşkili konusuna özellikle dikkat etmelidir. Elbirliği ortaklığında ortaklar arasında mecburi dava arkadaşlığı olması dikkate alındığında, arabulucu, tüm tarafların sürece dâhil olmasına özen göstermelidir. Arabulucunun ulaşamadığı taraflar varsa, başvuru, taraflara ulaşılamaması sebebiyle görüşme yapılamadan anlaşmama şeklinde kapatılır.

Arabulucu, hazırlık aşamasında, başvuru sahiplerinin e-devlet üzerinden edinebilecekleri tapu kayıtlarını sunmalarını isteyebilir. Elbette arabuluculuk süreci içerisinde tapu kayıtlarında değişiklik meydana gelebilir. Bu durumda doğabilecek hak kayıplarını önlemek amacıyla, taraflar, HUAK m.17/B bağlamında tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhinin verilmesine dair anlaşabilirler.

HUAK m.17/B-2 kapsamında, tarafların yazılı olarak anlaşması ve arabulucunun talebiyle, ilgili taşınmazın tapu kütüğü sahifesine -bilgisayar ortamında- tasarruf yetkisini kısıtlayan bir şerhin konulabilmesine ilişkin usul, maddeye eklenecek ayrı bir fıkrayla veya yönetmelikle daha detaylı bir şekilde düzenlenmelidir. Hükmün mevcut haliyle uygulanabilirliği noktasında boşluklar vardır. Tarafların şerh anlaşması yaptığı durumlarda, buna ilişkin arabuluculuk tutanağını imzalamaları zorunluluğu, tapu müdürlüğüne denetim yetkisi verilmesi önerileri dikkate alınmalıdır.

Ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda hazırlanan arabuluculuk anlaşma belgelerinin icra edilebilirlik şerhi alması zorunludur. (HUAK m.18/B-3). Fakat anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesiyle ilgili diğer konular bakımından HUAK m.18 yine uygulanır.

KAYNAKÇA

- AKÇAAL, Mehmet: “Yargıtay’ın Güncel İçtihatları Işığında Muhdesat”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, (51), Ankara 2022, s.77-112. (Muhdesat).
- AKÇAAL, Mehmet: Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- ALTIPARMAK, Cüneyt: “Uygulamada Malikler Arasında Satış Yöntemi ile Ortaklığın Giderilmesi”, İstanbul Barosu Dergisi, 90(3), İstanbul 2016, s.175-180.
- ATEŞAĞAOĞLU, Erdem/ELGİN, Ceyhan: “Ortaklığın Giderilmesi (İzale-i Şüyu) Davaları: Taşınmaz Satışları İçin İstatistiksel Bir Analiz”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (139), Ankara 2018, s.221-237.
- AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku II, Mülkiyet, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- BALCI, Şakir: Paylaşma (Ortaklığın Giderilmesi) Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.
- BADUR, Emel/KURT KONCA, Nesibe: “Arabuluculuk Sürecinde Tapu Siciline Tasarrufu Kısıtlayıcı Şerh Konulması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 72(2), Ankara 2023, s.845-879.
- BADUR, Emel: “Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 9(18), Ankara 2021, s. 49-87.
- BULUT, Uğur: “Kamu İcra Hukukunda Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Haklarının Paraya Çevrilmesi ve Genel İcra Hukukuyla Karşılaştırılması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (16), Özel Sayı, İzmir 2015, s.4633-4670.

¹⁸⁸ ÖZBEK, Mustafa Serdar. “Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi'nin Tahlili”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 20(1), İstanbul 2014, s.1123.

- DAĞLIOĞLU, Duygu: “Aile Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk”, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi (ASBÜ) Hukuk Fakültesi Dergisi, (2), Ankara 2020, s.551-587.
- DEMİR, Şamil: “Ortaklığın Giderilmesinde Arabuluculuk”, Ankara Barosu Dergisi, (1), Ankara 2016, s.491-503.
- ERDOĞAN, Kemal: “Başkasının Arazisinde Muhtesat Meydana Getiren Kişinin Muhtesat Bedeli Talebi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 27(1), Ankara 2023, s.69-111.
- EREN, Fikret: Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- ERGÜNE, Mehmet Serkan: “Terekedeki Münferit Mallar İçin Kısmi Paylaşma Davası Açma İmkânının Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz’a Armağan, 22(3), İstanbul 2016, s.1063-1085.
- ERKAN, Mustafa: Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- GÜNAY, Erhan: Ortaklığın Giderilmesi Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- İÇER, Mehmet Fatih: İzale-İ Şüyu (Ortaklığın Giderilmesi) Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.
- KAPANCI, Kadir Berk: “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 17/B Maddesinin İkinci Fıkrasında Tapu Siciline Düşülebileceği Öngörülen Şerhin Hukuki Niteliği ve Meydana Getireceği Etkiler Üzerine Değerlendirmeler”, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(1), İstanbul 2023, s.21-45.
- KARAMERCAN, Fatih: “Alacaklının İİK m.121 Kapsamında Açmış Olduğu Ortaklığın Giderilmesi Davasındaki Yargılama Giderleri İcra Borcuna Eklenir mi?”, Terazi Hukuk Dergisi, 9(90), İstanbul 2014, s.92-94.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Arabuluculuk Sözleşmeleri, Turhan Kitabevi, Ankara 2020.
- KIYAK, Emre: “6325 Sayılı Kanun’un Milletlerarası Sulh Anlaşma Belgelerinin İcrasına İlişkin m.17/A ile Taşınmazın Devrine veya Taşınmaz Üzerinde Sınırlı Aynı Hak Kurulmasına Yönelik Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğa İlişkin m.17/B Düzenlemelerine Genel Bakış”, Lexpera Blog, 13.04.2023.
- KOPUZ, Mehmet: “İmar Hukukunda İfraz ve Tevhid İşlemleri”, İstanbul Barosu Dergisi, 94(4), İstanbul 2020, s.120-127.
- KÖROĞLU, Anıl: Medeni Usul Hukuku Bakımından Ortaklığın Giderilmesi Davası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- KURT KONCA, Nesibe/BADUR, Emel: “Taşınmazın Aynına İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 14(56), Ankara 2023, s.539-568.
- OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 22. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar: “Arabuluculuk Asgarî Ücret Tarifesinin Tahlili”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 20(1), İstanbul, 2014, s.1119-1156.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022. (AUÇ).
- RUHİ, Ahmet Cemal/RUHİ, Canan: İzale-i Şüyu – Ortaklığın Giderilmesi – Paydaşlığın Giderilmesi – Paylaşma Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- SİRMEN, Lale: Eşya Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- TANRIVER, Süha: Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.
- TANRIVER, Süha: Medeni Usul Hukuku, Cilt II, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- TANRIVER, Süha: “Mirasın Paylaşılması Sözleşmeleri ve Noterlik Kanunu’nun 89. Maddesi”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 2017(2), Ankara 2017, s.23-30.
- TOPAL, Önder: “Paylı Mülkiyet ve Miras Ortaklığının Sona Ermesinde Tahkimin veya Arabuluculuğun Caiz Olup Olmadığı”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12(1), Malatya 2021, s.244-257. (Arabuluculuk).
- TOPAL, Önder: Medeni Yargılama Hukuku Bağlamında Çift Yönlü Dava Olarak Ortaklığın Giderilmesi (İzale-i Şüyu) Davası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- TOPUZ, Gökçen: “Paylı Mülkiyet Hisselinin Haczi ve Satışı”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 17(1), Konya 2009, s.91-116.
- ÜREM, Müge: “Satış Yoluyla Paydaşlığın Giderilmesinde Taşınmaza Ait Pay Üzerindeki İntifa Hakkının Varlığına İlişkin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu’nun Kararının ve TMK m.700 Hükmünün Eleştirilmesi”, Yargı Kararları Sempozyumu – I: Eşya Hukuku, Editörler: GÜRSEL, Yaman/KAHVECİ, Zeynep Ülkü/BAŞ SÜZEL, Ece, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s.131-137.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Özge YENİCE CEYLAN, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Özge YENİCE CEYLAN, who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnULR in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.

**KARALAMA FİİLİNİN KİŞİLİK HAKKININ İHLALİ KAPSAMINDA
DEĞERLENDİRİLMESİ**

EVALUATION OF DEFAMATION WITHIN THE SCOPE OF VIOLATION OF PERSONAL RIGHT

Sarp ŞAHANKAYA*  **Makale Bilgi**Gönderi: 21/08/2023
Kabul : 07/12/2023**Anahtar Kelimeler***Kişilik Hakkı,
Şeref ve Haysiyet,
Manevi Değerler,
Koruyucu Davalar,
Kararın
Yayımlanması.***Article Info**Received: 21/08/2023
Accepted: 07/12/2023**Keywords***Personality Right,
Honor and Dignity,
Moral Values,
Protective Cases,
Publication of
Decision.***Özet**10.21492/inuhfd.1347300 

Karalama fiili en kısa şekilde gerçeğe aykırı bir beyan ile başkasının itibarının zedelenmesi olarak ifade edilebilir. Günümüzde basının ve özellikle sosyal medyanın gelişimi ile birlikte bilgi ve/veya içerik, çok kısa sürede çok fazla kişiye ulaşabilmektedir. Bu kolaylık gerçeğe aykırı bilgi verilerek bir kişinin kişilik hakkının ihlal edilmesi ihtimalini ve bunun uygulanmasını da artırmaktadır. Uygulamadaki yaygınlığı ve önemi nedeniyle karalama fiilinden yola çıkılarak manevi kişisel değerler ve kişilik hakkının korunması - yüksek mahkeme kararları ve yabancı doktrin de nazara alınarak - inceleme konusu yapılmıştır. Manevi kişisel değerlerin net şekilde tespit edilmesi ve sınırlarının mutlak çizgilerle çizilmesi güçlük arz etmektedir. Bununla birlikte çalışmada özellikle itibar/şeref ve haysiyet değerleri üzerinde durulmuş, bunlar somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Türk Medeni Kanunu'nda yer verilen kişilik hakkını koruyan davalar, İsviçre hukuku da göz önünde tutularak incelenmiş ve güncel eğilimler ortaya konulmuştur. Kişilik hakkını koruyan davalar ile birlikte gündeme gelen "yayımlanma" imkânı, itibarın iade edilmesi bakımından önem arz etmektedir ve çalışmada detaylı şekilde incelenmiştir.

Abstract

Defamation can be expressed in the shortest way as damaging the reputation of someone with a false statement. Today, with the development of the press and especially social media, information and/or content can reach to many people in a very short time. This convenience also increases the possibility and implementation of violating a person's personal right by giving false information. Due to its prevalence and importance in practice, moral personal values and the protection of personal rights will be examined by taking into account the high court decisions and foreign doctrine, starting from the act of defamation. It is difficult to clearly identify moral personal values and draw absolute boundaries. However, in the study, especially reputation / honor and dignity will be emphasized, and concretization will be tried to be made. Cases that protect the right to personality, which are included in the Turkish Civil Code, will be examined by taking into account the Swiss law, and current trends will be revealed. The possibility of "publishing", which has come to the fore with the lawsuits protecting the personal right, is important in terms of regaining the reputation and will be examined in detail in the study.

 Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

* Dr. Öğretim Üyesi, Çankırı Karatekin Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** ŞAHANKAYA, Sarp, "Karalama Fiilinin Kişilik Hakkının İhlali Kapsamında Değerlendirilmesi", InÜHFD, 14(2), 2023, s.526-541. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

The development of the press, and especially the social media, has enabled information to reach the masses, increased the number of people it reaches, and shortened the time to reach others. This development, which is generally positive, also has negative aspects. It is clear that false information about a person can easily, quickly reach a large number of people. Considering that this act, which aims to defame others, is taking place very frequently today, the protection of moral personal values and personal right will be examined starting with act of defamation. In order to adapt to this development, alternative options are also emerging, such as removing content and blocking access, which can yield faster results. However, definite and clear results can be obtained directly with cases within the scope of personal right protection.

The act of defamation is dealt with in more detail in Anglo-Saxon legal systems. For this reason, court decisions and doctrines of these legal systems were used while determining the elements and characteristics of defamation. Turkish/Swiss court decisions and scientific opinions are taken as basis in terms of moral personal values and especially the cases that protect the right to personality.

Defamation can be expressed as making verbal or written statements that have a negative effect on or harm someone else's reputation or name, that are presented as true but are false. Basically there is a false statement that is presented as true and this statement violates personal rights. This false statement essentially constitutes the essence of defamation and characterizes it. The act of defamation is basically aimed at damaging the reputation. In other words, the target is the reputation of the other person. In the study, the concept of reputation is discussed both philosophically and legally.

There are many ways that can constitute defamation. Although attacks on honor and dignity are usually made verbally and in writing, taking a picture that will humiliate the person, caricature, drawing, etc. can be accomplished in different ways.

It is also stated that defamation can test the limits of freedom of expression. In this study, this issue is examined under a separate title. In our opinion; important aspect of defamation is the claim of correctness. Correctness claim; tends towards objectively verifiable facts. Freedom of expression, on the other hand, is about personal opinions, value judgments and subjective evaluations, and from this point of view, there is no claim about reality. In this context; we are of the opinion that the act of defamation and freedom of expression do not have a mutual border, and therefore, the act of defamation cannot test the borders of freedom of expression. In the study, a comparison was also made with the lynching culture, cancel culture and disinformation, which are close to the defamation act.

The subject of personal right is personal values. It is not possible to count and limit these personal values on a limited number basis. It is accepted that values such as the person's bodily integrity, name, honor and dignity have remained in this context for a long time. In Turkish/Swiss law, different from German law, there is a general personal right. The content of this general personal right and which personal values will remain within this scope are determined by the doctrine and the courts. Thanks to the general personal rights preference of the Turkish/Swiss legislator, it is possible to protect the new personal values that may emerge over time within the scope of personal right.

Cases that protect personal rights are examined in Article 25 of the Turkish Civil Code. The common conditions of these cases are; it is based on the right of personality, that the right of personality is attacked and that it carries an element of illegality. In Swiss doctrine, these cases are described as cases of negative/non-property nature (*negatorische Ansprüche*). Other cases, primarily compensation, are handled as reparative cases (*reparatorische Ansprüche*). It should not be overlooked that precautionary measures may be requested together with these cases (especially in terms of prevention cases) and may contain important functions. In this way, more effective legal protection can be provided.

Prevention litigation; As the name suggests, it is not aimed at the violation that has occurred, but towards the future and to eliminate the attack before it occurs. Ceasing litigation; it basically aims to eliminate the ongoing illegal situation and it is seen that it is not for the past but for the future. The last option brought by the first paragraph of Article 25 of the Turkish Civil Code is to determine the illegality of the attack. As the Code puts it, the determination of "an attack whose effects continue even though it has ended" can be demanded. In this context, the act should not be continuing. Here, unlike the first two options, court only determines the breach.

Although the attack takes place in the material world, it actually has consequences in the minds of people. It causes negative judgments about the person being attacked. If it continues in the material world, the above-mentioned ceasing case can be used, but removing it from the material world will not be able to compensate for the negative impact on the minds of individuals/society, namely the shaking in reputation. At this point, the possibility of notifying or publishing the decision taken to third parties comes into play. When the request for correction or publication of the decision comes, the judge should take all the circumstances and conditions into account. It would be beneficial for the decision to be as detailed as possible and not to be controversial. The scope of the broadcast, where and how it will be carried out, time, form, etc. should be determined. The Swiss Federal Court bases it on "the same media environment and the same target audience".

In the study, firstly, the definition of defamation has been made and its elements have been revealed. Evaluation of the act of defamation in terms of freedom of expression and finally its comparison with similar concepts are included. In the following section; Rather than the act of defamation, the personal value violated by this act, the reputation, has been scrutinized. In the last part of the study, protection from the defamation and how its consequences can be compensated according to the provisions of the Turkish Civil Code has been examined. Since the relevant article of the Turkish Civil Code is almost the same as the Swiss Civil Code, Swiss law practice and doctrine are also taken into consideration in this section.

I. GİRİŞ

Basın ve özellikle sosyal medyanın gelişimi bilginin kitlelere ulaşımına katkı sağlamış, ulaştığı kişi sayısını artırmış ve başkalarına ulaşım süresini de kısaltmıştır. Genel anlamda olumlu olan bu gelişimin olumsuz yönleri de bulunmaktadır. Bir kişi hakkında verilen yalan, yanlış bir bilgi kolayca ve hızlı şekilde çok sayıda kişiye ulaşabilmektedir. Başkalarını karalama amacı güden bu fiilin günümüzde çok sık şekilde gerçekleşiyor olması göz önüne alınarak manevi kişisel değerler ve kişilik haklarının korunması, karalama fiilinden yola çıkılarak inceleme konusu yapılmıştır.

Çalışmada karalama fiilinin tanımı yapılmış ve unsurları ortaya konulmuştur. Karalama fiilinin, ifade özgürlüğü açısından değerlendirilmesine ve benzer kavramlar ile karşılaştırmasına yer verilmiştir. Bu sayede karalama fiilinin nitelendirilmesi ve konumlandırılması sağlanmaya çalışılmıştır.

Karalama fiilinin yanında bu fiilin ihlal ettiği kişisel değer olan itibar da mercek altına alınmıştır. İtibar kavramının manevi kişisel değer ve dolayısıyla bir kişilik hakkı olarak görünüşü üzerinde durulmuştur. Kişilik haklarının genel özellikleri ele alınmış ve sınıflandırılması yapılmıştır.

Çalışmanın son bölümünde hukuka aykırılık teşkil eden karalama fiilinden ne şekilde korunabileceği ve sonuçlarının nasıl telafi edilebileceği Türk Medeni Kanunu (TMK) hükümlerine göre incelenmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun ilgili maddesi İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) ile neredeyse aynı olduğu için bu bölümde özellikle İsviçre Hukuku uygulaması ve doktrini de göz önünde tutulmuştur. Düzeltme ve kararın bildirilmesi ve yayımlanması seçeneğinin (TMK m.25/II) karalama fiilinin etkilerini ortadan kaldırma veya azaltma açısından elverişli olduğu tespiti yapılmıştır.

II. KARALAMA FİİLİ (DEFAMATION)

A. Genel Bakış ve Tanımlama

Karalama fiilinin mevzuatımızda veya uluslararası metinlerde yer verilen yasal bir tanımı bulunmamaktadır. Hukukumuzda özellikle manevi tazminat talebi içeren davalarda bu terimin sıklıkla kullanıldığı görülmektedir.

Karalama fiili günümüzde daha çok basın veya her geçen gün önemini ve alanını büyüten, çok kısa süre içerisinde bilginin çok sayıda kişiye ulaşması imkânını sağlayan sosyal medya platformları vasıtası ile yapılmaktadır. Bu bağlamda; özellikle sosyal medyanın gelişimine paralel olarak karalama fiilinin uygulama alanının genişlemekte olduğu yorumunu yapabiliriz.

Karalama; günlük ve en kısa tabiri ile “leke sürme, kötülük yükleme” şeklinde tanımlanmaktadır¹. Daha kapsamlı bir tanım vermek gerekirse; başkasının itibarı (reputation) veya ismi (good name) üzerinde olumsuz etkisi olan veya onu zedeleyen, gerçek gibi lanse edilen ancak yanlış olan bilginin, sözlü (slander) veya yazılı (libel) olarak duyurulması şeklinde ifade edilebilir². Karalama fiili hukuki açıdan, kişinin manevi değerlerini ve dolayısıyla kişilik hakkını ihlal eden fiillerden birisi olarak ele alınır³.

Bir gerçeği ortaya koymak ile bir fikri belirtmek arasındaki çizgi bazen net olmamaktadır. Bundan kaynaklı olarak karalama fiilinin, ifade özgürlüğünün sınırlarını test eden bir görünüşü olduğu da ileri sürülmektedir⁴.

B. Karalama Fiilinin Hedefi olan “İtibar”ın Anlamı ve Önemi

Kişinin toplum içerisinde yaşaması, toplumdaki yeri felsefi açıdan yaygın olarak ele alınan konulardan bir tanesidir. İleride detaylı olarak incelemesini yapacağımız “itibar” ise en kısa şekilde; kişiye toplum tarafından verilen önem/değer olarak nitelenebilir. Kişinin itibarının ontolojik anlamda ne olduğu, bunun anlamı ve önemi üzerinde durulmalıdır.

İtibar, düşünürler tarafından farklı anlamlarda ele alınmış olmakla birlikte biz bu çalışmada Arthur Schopenhauer'un kavrayışını ve nitelemesini esas alacağız. Schopenhauer, insan varoluşu ve yaşamın manevi/içkin dinamikleri konularında ortaya koyduğu tespitler ile kendisinden sonra gelen ve belki de kendisinden daha çok tanınan Friedrich Nietzsche gibi düşünürleri, Sigmund Freud ve Carl Gustav Jung gibi psikologları çok derinden etkilemiştir⁵. Bu nedenle de “itibar” kavramının özünü ve anlamını ele alırken Schopenhauer'un tespitlerinden istifade edilmesi uygun görülmüştür.

Schopenhauer, yaşamı olumlama açısından diğer düşünürlere nazaran daha cimri olarak nitelenebilir⁶. Buna rağmen insanın mutlu ve rahat bir yaşamı nasıl ve ne şekilde sağlayabileceği konusunu detaylı şekilde incelemiştir. Rahat ve mutlu bir varoluşu “yaşam bilgeliği” olarak nitelenebilir⁷. Yaşam bilgeliği üç ana unsura dayanmaktadır. Bunlar; kişinin ne olduğu, kişinin nelere sahip olduğu ve kişinin neyi

¹ TDK Sözlüğü. <https://sozluk.gov.tr> Erişim Tarihi: 01.02.2023.

² CHHETRI, Shweta: “The Defamation in the Internet Age: Cyber Defamation”, International Journal of Law Management & Humanities, 4(1), 2021, s.1982; MCGONAGLE, Tarlach: Freedom of Expression and Defamation, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2016, s.17; <https://www.law.cornell.edu/wex/defamation> (Erişim: 01.01.2023); <https://www.britannica.com/topic/defamation> Erişim Tarihi: 01.01.2023; <https://www.lexisnexis.co.uk/legal/glossary/defamation> (Erişim: 01.01.2023).

³ Karalama fiili Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde gerek yargı kararlarında gerekse de doktrinde daha çok ele alınan bir kavram olarak tezahür etmektedir. Bu nedenle bu fiilin tanımının yapılması ve unsurlarının tespitinde Anglo-Sakson hukuk doktrinlerinden de istifade edilecektir.

⁴ <https://www.law.cornell.edu/wex/defamation> (Erişim: 01.02.2023).

⁵ https://tr.wikipedia.org/wiki/Arthur_Schopenhauer

⁶ SCHOPENHAUER, Arthur: İsteme ve Tasarım Olarak Dünya (İsteme), 8.Basım, Çeviren: Levent Özşar, Biblos Yayınları, İstanbul 2020, s.250-255.

⁷ SCHOPENHAUER, Arthur: Yaşam Bilgeliği Üzerine Aforizmalar, 29.Basım, Çeviren: Mustafa Tüzel, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2021, s.1.

temsil ettiği. Kişinin ne olduğu kısaca kişilikle ilgilidir ve fiziksel özellikler, mizaç, yetiştirme tarzı vb. bu unsur altında yer almaktadır⁸. Bu unsur daha rahat, mutlu bir yaşam için en önemli unsur olarak nitelenmektedir. İkinci unsur, kişinin sahip oldukları yani malları ve mülkleridir. Son unsur ise, çalışmamızla yakından ilgili olan kişinin neyi temsil ettiği.

Bir kimsenin neyi temsil ettiği; bu kimsenin başkalarının (toplumun) düşüncelerinde ne olduğu ile ilgilidir. Bu temsil başkalarının onun hakkındaki görüşlerinden oluşmaktadır. Kişinin saygınlığı, rütbesi ve şanı buraya dâhildir. Schopenhauer; bu unsurun başkalarının zihninde yer tutmasını nazara alarak ilk iki unsur karşısındaki uçuculuğuna dikkat çekmektedir. Bununla birlikte saygınlık ve iyi bir isim için herkesin çabalaması gerektiğini, bunun paha biçilmez bir mülk olarak görüldüğünü ve insanın maneviyatı açısından büyük önem taşıdığını vurgulamaktadır⁹.

Schopenhauer’ın görüşü kabul edildiğinde daha mutlu ve rahat bir yaşamı sağlamak için belirtilen üç ana unsurun önem arz ettiği görülmektedir. Bu üç unsurdan birisi olan “kişinin neyi temsil ettiği” unsur ise karalama fiilinin hedeflediği kavram olan “itibar” ile doğrudan ilgilidir. Bu bağlamda kişinin toplum içerisindeki saygınlığı ve itibarı, kişinin maneviyatını ve dolayısıyla rahat, mutlu bir yaşam sürdürmesini doğrudan etkilemektedir. Bunun – karalama fiilinde olduğu gibi – başkaları tarafından, tahrip edilmesi ise kişilik hakkı ihlalinin özü olarak ele alınabilir.

C. Unsurları¹⁰

1. Gerçek Gibi Lanse Edilen Yanlış Bir Beyanın Varlığı

Şeref ve haysiyete saldırı teşkil eden hareketler; küçük düşürme, hakaret, kötü tanıma, düşmanca ortam hazırlama, güllünc/zor duruma sokma vb. şekillerde gerçekleşebilmektedir¹¹. Bu hareketlerden birisi olan karalama fiilinde ise gerçek gibi lanse edilen yanlış bir beyan bulunmaktadır ve bu beyan ile kişilik hakları ihlal edilmektedir. Bu unsur karalama fiilinin esasen özünü oluşturmaktadır ve onu karakterize etmektedir. Beyanın gerçek ve objektif olduğu iddiası bulunmalıdır. Gerçek olduğu iddiası veya iması bulunmuyor ise karalama fiili olarak ele alınmamalıdır. Bu bağlamda görüş bildirme, eleştiri, subjektif değerlendirme yapma vb. fiiller karalama fiili kapsamında değerlendirilmemelidir.

Karalama fiilinde kullanılan ifade ne kadar vurucu ve hatta küstahça olsa da esas alınması gereken bu ifadenin gerçek ile bağıdır. Diğer deyişle; gerçeğe uygun ve doğru olan bir ifadenin karalama olarak nitelenmesi mümkün değildir. Çünkü kişinin itibarı ancak gerçekler üzerine inşa edilebilmektedir¹². Karalama fiiline ilişkin yapılacak ilk ve en etkili savunmanın “gerçeklik” iddiası ve bunun ispatı olduğu dile getirilmektedir¹³. Fiili gerçekleştiren kişinin bir menfaat elde edip etmediği önem taşımamaktadır. Karalama fiilinin oluşması için gerçek gibi lanse edilen yanlış beyanın duyurulması yeterli olmaktadır¹⁴.

Gerçeklik bakımından doktrinde özellikle basın özgürlüğü açısından yapılan değerlendirme göz önünde tutulmalıdır. Somut, objektif gerçeklikten ziyade haberin verildiği andaki görünür gerçeğin esas alınması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁵. Görünür gerçeklik; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararlarında “o anda, yani yayının yapıldığı anda, belirlenen ve var olan ve orta düzeydeki kişilerce de yayının yapıldığı biçimi ile kabul edilen olgular” olarak ele alınmaktadır¹⁶. Kesin ve saf gerçeğe ulaşmanın hem maddi hem fikri açıdan zorluğu nazara alındığında bu yönde kıstasların getirilmesi gerekliliği zaten ortaya çıkmaktadır. Yargıtay HGK tarafından getirilen kıstaslar da makul ve yararlıdır.

Görünür gerçek, daha esnetilebilir ve soyut olduğu için bir çerçeveye sığdırılmalıdır yoksa görünür gerçek adı altında kolaylıkla kişilik hakları ihlal edilebilecektir. Aydos, bu noktada ölçütü belirleme görevini hâkimlere vermekte ve her somut olaya göre ayrı şekilde değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmektedir¹⁷. Helvacı ise basının uygun amaca uygun araç ile hizmet etmesi gerektiğini vurgulamaktadır¹⁸.

Karalama fiili incelenirken “iftira” suçunun da ele alınması gereklidir. Türk Ceza Kanunu’nun (TCK) 267. maddesinde; “...işlemediğini bildiği halde, hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idari bir yaptırım uygulanmasını sağlamak için bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat eden kişi,...” ifadelerine yer verilerek iftira suçunun unsurları ortaya konulmaktadır. İftirada da karalama fiilinde olduğu gibi gerçeğe aykırı bir beyan bulunmaktadır, bu unsur “isnadın objektif olarak gerçek dışı olması” şeklinde

⁸ SCHOPENHAUER, s.3.

⁹ SCHOPENHAUER, s.3 ve s.11.

¹⁰ <https://www.law.cornell.edu/wex/defamation> (Erişim: 01.02.2023).

¹¹ AKKURT, Sinan Sami: “Kişilik Hakkının Sosyal Medya Kullanıcıları Tarafından İhlali Hâlinde Ortaya Çıkacak Cezaî Sorumluluğa Medenî Hukuk Bağlamında Bir Bakış”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 25(2), 2017, s.347.

¹² MCGONAGLE, s.17.

¹³ KERN, Bryson: “Reputational Injury Without A Reputational Attack: Addressing Negligence Claims For Pure Reputational Harm”, Fordham Law Review, 83, 2014, s.262; <https://www.law.cornell.edu/wex/defamation>.

¹⁴ YILDIZ, Ozan Ali: “Şeref ve Haysiyete Yönelik Saldırlar Karşısında Kişilik Hakkının Korunması”. Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(1), 2020, s.3678.

¹⁵ AYDOS, Oğuz Sadık: “Basın Yolu İle Kişilik Hakları İhlallerinde Manevî Tazminat”. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XVI(2), 2012, s.8.

Haberin yapılmasından sonra somut gerçeğin farklı olduğunun tespit edilmesi durumunda basın açısından sorumluluk doğmayacağı da belirtilmektedir. (AYDOS, s.8)

¹⁶ Yargıtay HGK, 19.03.2003, 2003/4-167 E., 2003/176 K. ve Yargıtay HGK, 01.06.2011, E.2011/4-278, K.2011/376 (CANBOLAT, Ferhat/KOŞAR, Günhan Gönül: “Basın Yoluyla Kişilik Hakkının İhlalinin Tespitinde Kullanılan Yargıtay Ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Ölçütlerinin Değerlendirilmesi”, TBB Dergisi, 33(151), 2020, s.276)

¹⁷ AYDOS, s.8-9.

¹⁸ HELVACI, Serap: Gerçek Kişiler, 8.Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2017, s.132.

belirtilmektedir¹⁹. Burada da maddi olay esas alınmaktadır ve bu noktada yanlışlık olması için ya olayın gerçekleşmemiş olması ya da gerçekleşen olayın isnat edilen kişi tarafından gerçekleştirilmemiş olması gerekir²⁰. İftiranın farklılaştığı nokta da yine TCK m.267’de belirtilmektedir. Bu nokta; “hukuka aykırı bir fiil isnat” edilmesidir. Burada mağdura isnat edilen fiilin suçlama yapıldığı anda cezalandırılabilir bir fiil olması yeterli görülmektedir²¹. Karalama fiilinde ise hukuka aykırılık dışında ahlaka aykırılık iddiası da söz konusu olabilmektedir. Son olarak; iftira suçunda korunmaya çalışılan hukuki değer açısından da bakış açısı yakalanabilir. Doktrinde iftira suçunda korunmaya çalışılan hukuki değere ilişkin farklı görüşler bulunmakla birlikte Türk Ceza Kanunu sistematığı ve bölüm başlığı nazara alınarak kişisel değerlerden ziyade adliye idaresi ve devlete ait hukuki değerlerin korunmasının amaçlandığı ileri sürülmektedir²². Bu açıklamalar ışığında iftira suçu teşkil eden bir fiilin aynı zamanda karalama fiili olduğunu çünkü karalama fiilinde de gerçek dışı, yanlış bir beyan bulunduğunu tespit edebiliyoruz. Bununla birlikte, karalama fiilinin kapsamının iftiradan daha geniş olduğu çünkü iftirada sadece hukuka aykırı bir fiil isnat edilebilirken, karalamada ahlaka aykırılığın da öne sürülmesinin mümkün olduğunu görüyoruz. Son olarak, iftirada “işlemediğini bildiği” hal yani kast unsuru şarttır. Buna karşılık karalamanın ihmal ile gerçekleştirilmesinin mümkün olduğu kabul edilir²³.

2. Sözlü veya Yazılı İfadenin Duyurulması

Sözlü veya yazılı bir ifade ve bunun duyurulması karalama fiilinin objektif ve somut unsuru olarak ele alınabilir. Bu ifade ve bunun duyurulması, paylaşılması saldırıyı oluşturmaktadır.

Yargıtay 11. HD’nin

“Mahkemece davacının murisinin şeref ve haysiyetinin ihlal edildiği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmişse de, dosya kapsamı itibarıyla belgeselin umuma arz edilmemiş ve yayımının yapılmamış olması nedeniyle manevi tazminat isteminin reddine karar verilmesi gerekirken...”²⁴

ifadelerini haiz kararı bu unsur açısından yol gösterir niteliktedir.

Karalama fiili teşkil edebilecek sözlü veya yazılı ifadeleri belirlemek, saymak ve sınırlamak mümkün değildir. Ancak “yalancı, hırsız, dolandırıcı” gibi ifadeler daha sık rastlanan ifadelerdir²⁵.

Şeref ve haysiyetin zedelenmesi söz konusu olduğunda büyük bir topluluk önünde açıklama yapılması veya medyada paylaşma akla gelmektedir²⁶.

Karalama teşkil edecek fiillerle ilgili geniş yorum yapılmaktadır. Şeref ve haysiyete yönelik saldırılar genellikle sözlü ve yazılı şekilde meydana getirilmekle birlikte kişiyi küçük düşürecek bir fotoğrafın çekilmesi, karikatür, çizim vb. farklı şekillerde de gerçekleştirilebilir²⁷. Bunlar dışında saldırının sadece hareketler, davranışlar ile gerçekleştirilmesi de söz konusu olabilmektedir. Amerika Birleşik Devletleri’nde (ABD) gerçekleşen bir olayda mahkeme; iş sözleşmesi feshedilen bir çalışanın kelepçeli şekilde ve eşlik edilerek işyerinden çıkarılmasının, ilan/ifşa edici özelliğini göz önüne almış ve karalayıcı davranış olduğuna hükmetmiştir²⁸. Kanaatimizce; somut olay incelenmeli ve karalamanın sadece sözlü veya yazılı ifade olabileceği şeklinde sınırlama yapılmamalıdır.

Duyurulan sözlü veya yazılı ifadenin belirli kişi veya kişilere yönelik olması, onları hedef alması da gerekmektedir. Bu fiil doğrudan kişinin adı, görüntüsü ile yapılabileceği gibi, ima etme yoluyla da gerçekleştirilebilir. Sözlü veya yazılı ifade kişinin doğrudan adının geçmesine gerek yoktur; kişinin ayırt edilebilir kılınması gerekli ve yeterlidir²⁹.

Kişi doğrudan gösterilmemiş ise incelenmesi gereken ortalama bir vatandaşın veya kişinin çevresinin onu tanıyabilecek olmasıdır³⁰. Aşağıda yer verilen Yargıtay 11. Hukuk Dairesi kararında da davacıyı tanıyan kişilerin onu ayırt edebilecek olması esas alınmıştır.

“davacının (roman kahramanı Mişon’un) kişilik haklarına saldırı niteliğinde, özel ve gizli yaşam alanına ait bilgilerin ifşa edilmesi niteliğinde açıklamalar bulunduğu, davacının sunduğu günlüklerin (müsveddelerin) FSEK’nin 2. maddesinde ifadesini bulan “edebiyat eseri” niteliğinde olmadığı, FSEK’nin 85. maddesinde ifadesini bulan “hatıra” niteliğinde yazılar olduğu, günlüklerden esinlenme şeklinde faydalanma olduğu, davaya konu romanı okuyan ve davacıyı tanıyan kişilerin romanda Mişon olarak adı geçen kişinin (başkahramanın) davacı olduğu kanaatine varacağı, davacı tarafın FSEK’nin 85. maddesi ve TMK 24. maddesi kapsamında manevi tazminat hakkının doğduğu, ancak maddi tazminat koşullarının oluşmadığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir...”³¹.

Karalama fiili özelinde inceleme konusu yapılacak husus beyanın gerçeğe uygun olup olmadığıdır. Ancak bunun yanında beyanın sunulmuş şeklinin, bunun ortalama vatandaşta yaratacağı izlenimin ve

¹⁹ ARIKAN, Mustafa İberya: Türk Ceza Hukuku’nda İftira Suçu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2022, s.89-90.

²⁰ ARIKAN, s.90.

²¹ ARIKAN, s.78.

²² HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler – Millete ve Devlete Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, Ankara 2016, s.130.

²³ Bu son husus aşağıda “Kusur Yönünden İnceleme” başlığı altında ele alınacaktır.

²⁴ Yargıtay 11.HD., 15.05.2019, 2017/4001 E., 2019/3819 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim: 03.01.2023).

²⁵ HYLTON, Keith N.: Tort Law, Cambridge University Press, Cambridge 2016, s.301.

²⁶ VAN DER MEER, Jens/PERREN, Ruben: Repetitorium Personenrecht, 2.Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich 2011, s.103.

²⁷ CHHETRİ, s.1984; YILDIZ, s.3678; KERN, s.259; <https://www.britannica.com/topic/defamation> (Erişim: 01.01.2023).

²⁸ Caldor, Inc. v. Bowden, 625 A.2d 959, 970 (Md. 1993). (KERN, s.260)

²⁹ <https://www.britannica.com/topic/defamation> (Erişim: 01.01.2023).

³⁰ YILDIZ, s.3677.

³¹ Yargıtay 11.HD., 18.11.2014, E.2013/17510, K.2014/17840. (YILDIZ, s.3677-3678)

güncelliğinin de önem arz ettiği doktrinde dile getirilmektedir³². Yine benzer şekilde kişinin gizli, özel yaşam alanına girilerek bilgi alınmış ise hukuka aykırılık olacağı belirtilmektedir³³. Bu sayılanlar ifadenin hukuka uygun olması ile ilgili hususlardır. Örnek verilecek olursa; bir kişinin sır alanı, özel yaşam alanı ihlal edilerek gerçek olan bir bilgiye ulaşılmış olsa ve bu bilgi paylaşılmış olsa; ifadenin gerçek olduğu ileri sürülerek hukuka aykırılık bertaraf edilemez.

D. Kusur Yönünden İnceleme

Karalama fiilinde, töhmet (*imputation*) altında bırakarak karşı tarafa zarar verme maksadıyla veya karşı tarafın itibarının zedelenebileceğine ilişkin öngörü ile hareket edilmektedir³⁴. Salt kusur açısından değerlendirme yapacak olursak, karalama kastı ile hareket edildiğinde sorumluluk doğacağı noktasında doktrinde tartışma olmadığını belirtmeliyiz. Karalayıcı fiil (*defamatory*) doğası gereği zaten kastı içermektedir³⁵.

Karalama fiilinin detaylı şekilde ele alındığı ABD’de verilen mahkeme kararlarında ihmal ile karalama gerçekleştirilebilmesi konusunda farklı yönde kararlar verilebilmektedir³⁶. Bir görüş; karalama fiili sonrası yaptırımların özel bir yol olduğunu ve itibarın ihmal ile zedelendiği iddialarını kapsamadığını dile getirmektedir. Farklı bir görüş; ihmal ile yapılan fiil açısından salt ekonomik zararların tazmin edilebileceğini savunmaktadır. Son görüş ise; karalama kastı ve zarar ayırımı yapmaksızın sorumluluk doğması gerektiğini belirtmektedir³⁷.

Bu noktada basında yapılan haberler ile ilgili bir değerlendirme yapılması gereklidir. Bu sayede kast ve ihmal ile ilgili ayrıma ilişkin bir bakış açısı yakalanacaktır. Bir kişinin itibarı gerçek olmadığı bilinen bir haber yapılarak, istenilerek zedelendiğinde kast bulunduğu, fiilin karalama teşkil ettiği zaten tartışmasız olmaktadır. Buna karşılık kişinin itibarı önemsenmeksizin esasen gerçek olduğuna inanılarak yapılan yanlış bir haber durumunda ne olmalıdır? Basında yapılan haberler bakımından iki menfaatin çatışması ortaya çıkmaktadır. Eğer karalama fiili ile ilgili sınır çok dar çizilirse basın bir nevi yargılama yapar pozisyona gelmesi ve sorumsuzca davranması söz konusu olacaktır. Bu durumda gereken ölçüde araştırma yapılması, teyit edilmesi gibi gereklilikler göz ardı edilebilir. Tam tersi durumda ise, yani karalamaya ilişkin kurallar ile çok caydırıcı ceza, yaptırımlar getirilmesi durumunda ise basının üzerine ciddi bir baskı gelecek ve bu da basının hareketsiz kalmasına (*chilling effect*) sebebiyet verebilir³⁸. Bu bağlamda çatışan bu iki menfaat arasında dengenin sağlanması gerektiği görülmektedir. Bizce karalama fiilinin ihmal ile gerçekleştirildiği durumlarda da buna benzer bir denge tutturulmalıdır. Gerçek sanılarak duyurulan yanlış ifade açısından makul ve gerekli araştırmanın yapıp yapılmadığına dikkat edilmelidir. Daha önce bahsettiğimiz görünür gerçekliğin de bu değerlendirmede göz önüne alınacağını söyleyebiliriz.

Türk-İsviçre Hukuku bağlamında haksız fiiller açısından kusur kavramı ele alınacak olursa göze çarpan ilk husus kusurun türünün ve ağırlığının haksız fiil doğumu açısından önem teşkil etmediğidir. Diğer deyişle; kasten gerçekleştirilen hukuka aykırı fiilin, ihmal ile de gerçekleştirilmesi mümkündür. Ceza hukukumuz açısından durum farklıdır ve örneğin yukarıda ele aldığımız iftira suçu sadece kasten işlenebilen bir suç olarak ortaya çıkmaktadır. Bu husus özel hukukumuz ile ceza hukukumuz arasındaki temel farklardan birisidir. Belirttiğimiz gibi haksız fiilin doğması açısından özel hukukumuzda kusur derecesinin önemi bulunmamaktadır. Bu bağlamda; istisna yaratılmaksızın, ana ilkelerden hareketle hukukumuzda karalama fiillerinin ihmal ile de gerçekleştirilebileceği sonucuna varmak mümkündür.

E. Zarar Yönünden İnceleme (Muhatabın İtibarında Zedelenme)

İtibar; kişinin kendine verdiği değerden ziyade başkalarının gözündeki değeri olarak ele alınabilir³⁹. Bu değerdeki azalma genel anlamda toplumun makul, doğru düşünebilen insanları nazara alınarak tespit edilmektedir⁴⁰.

Karalama fiilinin etkilerini tespit etmek güçtür ancak bunun genel sonuçlarını öngörmek nispeten daha kolaydır. Muhatabta duygusal açıdan sarsılma, muhatabın iş, ticaret kaybı ihtimali ve son olarak muhatabın sosyal bağlarında olumsuz etki ihtimali ortaya çıkmaktadır⁴¹. Bizce de sayılan bu üç husus karalama fiilinin meydana getirdiği zararı ana hatları ile ortaya koymaktadır.

Bu çalışmada karalama fiilinin manevi kişisel değerler ve bu bağlamda kişilik hakları ile ilişkisi ele alınmaktadır. Bu nedenle bu bölümde sadece karalama fiili neticesinde maddi zarar oluşabileceği ve bunun da tazmininin talep edilebileceğini kısaca belirtmeyi uygun görüyoruz. İtibarına saldıran kişinin iş anlaşmalarının, sponsorluk anlaşmalarının iptal edilmesi vb. söz konusu olabilmektedir⁴². Örnek verecek olursak; bir firmanın reklam yüzü olan ünlü bir kişinin yanlış bir haberle karalanması ve kamuoyu tepkisi nedeni ile firmanın reklam sözleşmelerini feshetmesi durumunda maddi zarar meydana gelmektedir. Zararın miktarı TBK.m.50 uyarınca saldırıya uğrayan kişi tarafından iddia ve ispat edilmelidir.

³² YILDIZ, s.3677.

³³ TERCİER, s.484. (naklen YILDIZ, s.3679); AYDOS, s.8-11.

³⁴ CHHETRİ, s.1982.

³⁵ KERN, s.254.

³⁶ KERN, s.292.

³⁷ KERN, s.292.

³⁸ CHHETRİ, s.1983.

³⁹ MCGONAGLE, s.17.

⁴⁰ <https://www.lexisnexis.co.uk/legal/glossary/defamation> (Erişim: 01.10.2023).

⁴¹ HYLTON, s.309-310.

⁴² KERN, s.262.

F. Karalama Fiilinin İfade Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi

Çalışmanın başında da belirttiğimiz gibi karalama fiilinin ifade özgürlüğünün sınırlarını test eden bir görünüşü bulunmaktadır⁴³.

Aşağıda yer verilen kararlar ele alınarak konuyu somutlaştırmak faydalı olacaktır.

“Söz konusu broşür içeriğinde, müvekkili ...'nin ... Belediye Başkanlığı görevini yaparken ... Belediyesi ihalelerinin usul ve yasaya aykırı olduğu, istediği kişiye ihale verdiği, bu sebeple kendisine, yakın çevresine ve partililerine yarar sağladığı, yasal yetkilerini kendisinin ve partililerinin çıkarı doğrultusunda kullandığı, bütün bunların sonucunda müvekkilinin dokunulmazlık zırhını elde etmek için ...'den kaçtığı iddia edilerek....Dava konusu ifadeler, 12 Haziran 2011 tarihinde yapılan genel milletvekili seçimi öncesinde bastırılıp dağıtılan seçim broşüründe yer almakta olup, broşür bir bütün olarak değerlendirildiğinde; kullanılan söz ve ifadelerin eleştirel mahiyette olduğu, ifade özgürlüğü kapsamında kaldığı, öze biçim arasındaki dengenin bozulmadığı ve davacının kişilik haklarına bir saldırı bulunmadığı anlaşılmalı istemin tümünden reddine karar verilmesi gerekirken, kısmen kabulüne karar verilmesi yerinde görülmemiş, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.”⁴⁴

Yukarıdaki Yargıtay 4. Hukuk Dairesi kararında kullanılan söz ve ifadelerin eleştirel mahiyette olduğu ve ifade özgürlüğü kapsamında kaldığına hükmedilmiştir.

“İstihbarat Teşkilatında uzun yıllar görev yapan davacıya yönelik başka ülkenin ajanı olduğu, başka ülke ve tartışmalı kişiler ile birlikte kendi ülkesine ihanet ettiği imasında bulunduğu, bu durumun davacının kişilik haklarına saldırı teşkil ettiği gerekçesiyle, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Somut olayda, davalıların ... Partisinin internet sitesinde yayınladıkları davaya konu yazılar bütün olarak değerlendirildiğinde, yayımlandığı dönemde gündemde olan konular ve soruşturmalar hakkında kamuoyuna yönelik değerlendirmeler içerdiği, davacının kişilik haklarına saldırı oluşturacak nitelikte olmadığı anlaşılmaktadır.”⁴⁵

Bu kararda ise, “ülkeye ihanet imasında” bulunma tartışma konusu yapılmış ve yayımlandığı dönemde gündem olması ve kamuoyuna yönelik değerlendirmeler içermesi nedeni ile kişilik haklarına saldırı olmadığına karar verilmiştir. Bu kararda yukarıda bahis konusu yapılan “görünür gerçeğin” ele alındığına da dikkat edilmelidir.

Karalama fiili söz konusu olduğunda yapılacak savunma gerçeğe yönelmektir⁴⁶. Objektif olarak doğrulanabilir olan olgu iddia ve ispat edilir ise kural olarak sorumluluk söz konusu olmaz. Saf gerçeğe ulaşılması çoğu durumda güçlük arz edebilecektir. Bu nedenle yukarıda da belirttiğimiz gibi görünür gerçeğin esas alınması daha doğru olacaktır. Bu bağlamda; ifadenin duyurulduğu dönemdeki bilgiler ve şartların da değerlendirilmesi gerekecektir⁴⁷.

Karalama fiilinin özünde gerçek gibi lanse edilen ancak yanlış olan bir beyana dayandığını önceki başlıkta ele alınmıştır. Burada önem arz eden noktanın gerçeklik iddiası olduğuna dikkat etmek gerekmektedir. Gerçeklik iddiası; objektif olarak doğrulanabilir olgulara yönelmektedir. İfade özgürlüğü ise kişisel görüşler, değer yargıları ve subjektif değerlendirmelerle ilgilidir ve bu açıdan bakıldığında gerçeklik iddiası barındırmamaktadır⁴⁸. Bu bağlamda karalama fiili ile ifade özgürlüğünün ortak sınırı bulunmadığı ve bu nedenle de karalama fiilinin ifade özgürlüğünün sınırlarını ihlal edemeyeceği düşüncesindeyiz.

G. Karalamaya Benzer Fiillerin Ele Alınması

1. Medyada “Linç Kültürü”

Linç, Türk Dil Kurumu tarafından, “Birden çok kimsenin kendilerine göre suç olan bir davranışından ötürü birini, yasa dışı ve yargılamasız olarak öldürmesi” şeklinde tanımlanmaktadır⁴⁹. Doktrinde yapılan bazı tanımlamalarda⁵⁰ da “öldürme” hususuna vurgu yapılmakla birlikte tanımda değişiklik olduğu ve güncel kullanımda “öldürme” unsurunun artık bulunmadığı belirtilmelidir⁵¹. Linç eyleminin ölüm sonucu ile birbirine bağlanmasının şart olmadığı, vücut bütünlüğüne, manevi değerlere ve mala karşı işlenebilen suçları da kapsadığına vurgu yapılmaktadır⁵².

Hemen yukarıda ele alınan linç tanımı ve unsurları ile ilgili tartışmadan ziyade sınıflandırma yapılması daha faydalıdır. Linç, fiziksel ve sembolik linç olarak ikiye ayrılmaktadır. Fiziksel linçte anlaşılacağı üzere kişiye fiziksel zarar verilmektedir. Sembolik linçte ise kişiyi sindirme, dışlama söz konusu olmaktadır. Sembolik linç daha uzun süreli olarak uygulanmaktadır⁵³. Sosyal medyada meydana gelen fiiller açısından değerlendirme yapılacak olursa burada sembolik lincin meydana geldiği görülmektedir. Sembolik linç ile karalama fiilini amaçları açısından karşılaştıracak olursak hem benzerlikleri hem de farkları

⁴³ <https://www.law.cornell.edu/wex/defamation> (Erişim: 01.02.2023).

⁴⁴ Yargıtay 4.HD., 14.12.2017, E.2016/252, K.2017/8350. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim: 15.01.2023).

⁴⁵ Yargıtay 4.HD., 13.11.2017, E.2016/15529, K.2017/7145. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim: 15.01.2023).

⁴⁶ <https://www.britannica.com/topic/defamation> Erişim Tarihi: 01.01.2023; <https://www.law.cornell.edu/wex/defamation> (Erişim: 01.01.2023).

⁴⁷ AYDOS, s.8-9.

⁴⁸ YILDIZ, s.3679.

⁴⁹ <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim: 03.02.2023).

⁵⁰ GÜMÜŞ, Büşra: “Lincin En Yeni Biçimi: Sosyal Medyada Linç”, *Sosyologca*, 8(15-16), 2018, s.112-123, s.113; KARAKIŞ, Cemal Çağlar: Nefret Söylemi Linç İlişkisi: Türkiye’de Nefret Temelli Linç, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü, İstanbul 2020, s.2.

⁵¹ KARAKIŞ, s.3-4.

⁵² YILMAZ, Zeynep: Hukuki Açıdan Toplumsal Şiddet Olarak Türkiye’de Linç, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2012, s.39.

⁵³ KARAKIŞ, s.4.

görebiliriz. Karalama fiilinde amacın kişinin itibarını zedelemek olduğunu belirtmiştik. Sembolik linçte temel amaç ise kişiyi dışlamak, yok etmektir. Ancak bunun yapılabilmesi için itibara da zarar verilmesi gerekmektedir. Bu açıdan bakarak sembolik linçte, karalama fiilinin amacından bir adım daha ileri gidildiğini tespit edebiliyoruz.

Linçte fail, kitle olmaktadır. Türk Ceza Kanunu'na bakarak “kitle”den neyin yani kaç kişinin anlaşılması gerektiğinin ortaya konulmaması eleştirilmektedir⁵⁴. Kitle halinde hareket etmek kişiye bir başına olmadığını ve başkaları ile tek vücut olduğunu hissettirerek bir konfor sağlamaktadır. Bu konfor sayesinde kişiler anonimleşebilmekte ve hedef alınan kişi veya gruplara karşı daha rahat şekilde dozajı arttırabilmektedir⁵⁵. Çalışma konusu çerçevesinde kalacak olursak linç ile karalama fiilinin bu konuda da ayrıştığı belirtilmelidir. Karalama fiili tek kişi tarafından meydana getirilebilirken, linçte failin “kitle” olduğu görülmektedir.

2. İptal Kültürü (Cancel Culture)

“Cancel culture”, tanınmış kişilerin veya şirketlerin itiraz edilebilir veya ofansif olarak addedilebilecek fiil veya söylemleri nedeni ile iptal edilmesi/şöhretlerinin yok edilmesini/geri alınmasını ifade eden popüler bir uygulamadır. Genellikle sosyal medyada karşımıza çıkmaktadır ve “*toplular ayıplama*” şeklinde görünmektedir⁵⁶.

“Cancel culture” uygulamasında toplu hareket etme vardır ve sosyal bir baskı kurulmaktadır⁵⁷. Kurulan bu sosyal baskı ile kişiyi veya şirketi dışlama (*ostracism*), silme ve başka bir deyişle iptal etme amacı bulunmaktadır⁵⁸. Bunu yapan kişiler kendi değer yargılarını nazara alarak “iptal edilecek” kişinin bunu hak ettiğine dair inanç beslemektedir.

Karalama fiili ile “cancel culture” arasındaki farklara bakıldığında göze çarpan iki nokta bulunmaktadır. “Cancel culture” toplu bir harekettir oysa karalama fiili tek kişi tarafından meydana getirilebilmektedir. İkinci olarak ise amaçlara bakmak gereklidir. “Cancel culture” da amaç kişiyi unutturmak, ününü yok etmektir; buna karşılık karalama fiilinde amaç kişinin “varlığı” ve popülaritesine etki etmek değil, o kişinin değerine ve itibarına zarar vermektir.

3. Dezenformasyon

Dezenformasyon kavramını ele alırken ilk aşamada yanlış bilgilendirmeye (*misinformation*) değinmek gereklidir. Yanlış bilgilendirme; kötü niyet içermeksizin oluşturulan ve yayılan yanıltıcı bilgi olarak ifade edilmektedir. Buna karşılık dezenformasyonda; kamuoyunu aldatma maksadı bulunmaktadır ve yanlış olduğu bilinen bilgilerin yayılması sağlanmaktadır⁵⁹.

Dezenformasyon, yanlış bilgilendirmenin alt kümesi olarak ele alınmaktadır. Burada kasıt vardır ve bilgiyi yaymak, propaganda yapmak amaçlanmaktadır (*deliberately propagated*). Kasıtlı olarak yapılan ise temelde bir aldatma fiili olarak tezahür etmektedir⁶⁰. Yalan haberler (*fake news*), dezenformasyonun belki de en sık rastlanan türüdür⁶¹.

Gerçeğe uygun olmayan, yanlış bir bilginin varlığı açısından dezenformasyon ve karalama paralellik arz etmektedir. Buna karşılık amaç bakımından farklılık mevcuttur. Dezenformasyonda amaçlanan kitlenin ve kamuoyunun yönlendirilmesidir. Karalama fiili ise muhatabı ve onun itibarını zedelemeyi hedeflemektedir.

III. MANEVİ KİŞİSEL DEĞERLER ve İTİBAR

A. Manevi Kişisel Değerlere Genel Bakış

Kişilik hakkı, hukuk düzeni tarafından koruma altına alınan kişisel değerler olarak ifade edilmektedir⁶². Diğer bir deyişle, kişilik hakkının konusu kişisel değerlerdir. Kişilik hakkının, kişiyi üçüncü kişilerden koruyan, savunma sağlayan bir karakteri bulunmaktadır. Üçüncü kişilerin ihlalden sakınmasını gerektirmektedir⁶³.

Kişilik hakkını oluşturan kişisel değerlerin sınırlı sayı esası ile sayılması ve sınırlandırılması mümkün

⁵⁴ YILMAZ, s.36.

⁵⁵ DEMİR, Sertaç Timur /ÖZCAN, Ali: “Sosyal Medya ve Linç Kültürü”, İletişim Kuram ve Araştırma Dergisi, 56, 2021, s.5.

⁵⁶ BURESH, Donald: “Will Cancel Culture Prevent The Adoption Of The Right To Be Forgotten?”, International Journal of Current Advanced Research, 10(04)-(A), 2021, s.24135.

⁵⁷ <https://www.merriam-webster.com/dictionary/cancel%20culture> (Erişim: 03.02.2023).

⁵⁸ BURESH, s.24135.

ABD’de popüler olan “Dilbert” isimli karikatürün çizeri olan Scott Adams, Youtube üzerinden yaptığı canlı yayında bir anketi yorumlarken “siyahilerin neredeyse yarısı beyazlarla sorunu olduğunu söylüyor...onlar bir nefret grubu” ve “beyaz insanlara verebileceğim en iyi tavsiye siyah insanlardan uzak durmaları” şeklinde ifadeler kullanmıştır. Devamında özellikle sosyal medyada ciddi bir protesto yükselmiş, çizer Twitter’den yakında iptal edileceğini bildiğini yazmıştır. Nihayetinde “Dilbert” isimli karikatür serisi, The Washington Post, New York Times, The Los Angeles Times gibi ABD’nin prestijli gazeteleri başta olmak üzere birçok gazeteden kaldırılmıştır ve artık yayınlanmamaktadır. (<https://www.washingtonpost.com/media/2023/02/25/scott-adams-dilbert-canceled/>) (Erişim: 28.02.2023).

⁵⁹ GETAHUN, Temelson Gashaw: İfade Özgürlüğü ve Dezenformasyon: Etiyopya Örneği, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2021, s.52.

⁶⁰ GUESS, Andrew/LYONS, Benjamin: “Misinformation, Disinformation, and Online Propaganda”, in Persily, Nathaniel/Tucker, Joshua (ed.), Social Media and Democracy. Cambridge University Press, Cambridge 2020, s.11.

⁶¹ GUESS/LYONS, s.11. Yazarlar; yanlış bilgiyi yaymak/propagandasını yapmak amacıyla hareket eden politikacıları da örnek olarak vermektedir. (s.11)

⁶² ZEVKİLİLER, Aydın: Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler, Ankara 1981, s.263.

⁶³ BUCHER, Andreas: Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 4.Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2009, s.100; OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 19.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s.171 ve s.173; HELVACI, s.105.

değildir. Kişinin vücut bütünlüğü, ismi, şeref ve haysiyeti gibi değerler uzun süredir bu kapsamda ele alınmaktadır. Bunun yanında modernleşme ve özellikle tıp ve iletişim araçları alanında teknolojik/sosyal gelişmeler ile - “kişisel veriler” gibi - yeni değerlerin de bu kapsama dâhil olabildiği görülmektedir⁶⁴. “Şahsiyeti oluşturan unsurların teker teker sayılması mümkün değildir. Zamanın ihtiyaçlarına göre yeni unsurlar nazara alınmaktadır.”⁶⁵ ifadelerini haiz Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında da bu husus belirtilmektedir. Bu açıklamalar kişilik haklarının esnek ve dinamik yapısını ortaya koymaktadır.

Kişilik hakkı ile doğrudan ilgili olan kişisel verilerin elde edilmesi ve depolanması, sosyal medyanın artan önemi vb. yeni gelişmeler kişilik hakkının yeni özel kanunlar ile korunması ihtiyacını da doğurmaktadır⁶⁶.

Türk/İsviçre hukukunda, Alman hukukundan⁶⁷ farklı olarak genel bir kişilik hakkına yer verilmiştir. Bu genel kişilik hakkının içeriği ve hangi kişisel değerlerin bu kapsamda kaldığı/kalacağı doktrin ve mahkemeler tarafından belirlenmektedir. Türk/İsviçre kanun koyucusunun genel kişilik hakkı tercihi sayesinde zamanla ortaya çıkabilecek yeni kişisel değerlerin de kişilik hakları kapsamında korunması sağlanabilmektedir⁶⁸. Serozan, bu hususu göz önüne alarak kişilik hakkını genişleyebilen, esnek bir “çerçeve hak” olarak nitelemektedir⁶⁹.

Kişilik hakkının genel olarak çerçevesinin çizilmesi, sınırlarının belirlenmesi yanında sınıflandırılması da önem arz etmektedir. Bu sayede tasnif yapılarak daha kolay ayırt edilmesi, farklı yönlerinin ortaya konulması ve alt başlıklar halinde değerlendirilebilmesi sağlanmaktadır. Kişiliği oluşturan değerler farklı doğalara sahiptir. Bu nedenle kişilik hakkı denildiğinde tam ve kapsayıcı bir haktan bahsetmekten ziyade ayırma gidilmesi daha makul görülmelidir⁷⁰. Kişilik hakları Türk/İsviçre doktrininde farklı ayrımlara tabi tutulmaktadır. Maddi/manevi/iktisadi bütünlüğe ilişkin kişisel değerler⁷¹, fiziksel/duygusal/sosyal kişilik⁷² gibi ayrımlara gidildiği görülmektedir. Bizce bu noktada ikicil⁷³ (*düalist*) bir ayırma gidilmesi hem mantıksal/felsefi hem de hukuki açıdan daha uygun ve faydalıdır. Ayrımlarda yer verilen sosyal veya iktisadi değerlerin de esasen maddi/manevi değerler içerisine sığdırılabileceği düşünülmelidir. İkili ayırımın tercih edilmesi sayesinde hem basitleştirme yapılmış olur hem de yaptırımlarla (maddi-manevi tazminat) aynı ikili sınıflandırma sağlanabilir.

Manevi kişisel değerlerin tespitinde, ikili ayırımı nazara alarak ve dışlayıcı bir metot benimseyerek ilerlemek daha mantıklıdır. Bu bağlamda ilk aşamada tespiti kolay olan maddi kişisel değerler tayin edilmelidir. Bunlar dışında kalanlar ise manevi kişisel değerler olarak ele alınabilecektir.

B. “İtibar”ın Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi ve Konumlandırılması

İtibarın felsefi açıdan değerlendirilmesi ve kişilik açısından taşıdığı önem çalışmamızın ilk bölümünde yapılan açıklamalarda ele alınmıştır. Bu bölümde ise itibar kavramının hukuki yönü ve manevi kişisel değerler içerisindeki yeri incelenmiştir.

Alman doktrininde Mundhenke, Alman Federal Mahkemesi ve Almanya Federal Anayasa Mahkemesi kararlarını⁷⁴ göz önünde tutarak “itibar”ı (*ruf*) “onur, şeref, haysiyet” (*ehre*) kavramı ile bağlantılı şekilde açıklama yoluna gitmektedir. Onur, genel manevi kişilik haklarının temel bileşeni olarak nitelenmektedir. Alman/İsviçre doktrininde onur kavramını, içsel ve dışsal onur olarak ikiye ayırma eğilimi görülmektedir. İçsel onur, insan olmanın kendiliğinden getirdiği saygı duyma hali (*Achtungsanspruch, Ehrgefühl*) olarak ifade edilmektedir. Dışsal onur ise kişinin toplumda algılandığı iyi itibarı (*gute ruf*) olarak

⁶⁴ DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, 22.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021, s.99; USTA, Oğuz: Kişilik Hakları Bağlamında Unutulma Hakkı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri 2022, s.6-7; HATEMİ, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, 64-65; AKKURT, s.345; BUCHER, s.100, HELVACI, s.103.

⁶⁵ Yargıtay HGK, 27.06.2012, E.2012/4-179, K.2012/412. <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=35841> (Erişim: 15.01.2023).

⁶⁶ SEROZAN, Rona: Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s.411.

⁶⁷ Alman hukukunda, kişisel değerlerden bazılarını ele alan ve bunları korumayı amaçlayan münferit hükümler bulunmaktadır. Alman Medeni Kanunu’nda yer almayan genel kişilik hakkı Alman Federal Mahkemesi kararları ile korunmaktadır. (USTA, s.8)

⁶⁸ KILIÇOĞLU, Ahmet/KILIÇOĞLU YILMAZ, Kumru: Kişilik Hakkı ve Korunması, Turhan Kitabevi, Ankara 2023, s.13; DURAL/ÖĞÜZ, s.100; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.171; USTA, s.7-8.

⁶⁹ Yargıtay HGK kararında yer verilen; “Şahsiyet hakkı, şahsiyeti oluşturan değerlerin tümü üzerindeki hakkı belirtmek üzere kullanılan deyimdir. Bu genel şahsiyet hakkının münferit unsurlar bakımından görünümüne münferit şahsiyet hakları denilebilir...” ifadeleri de bu hususa vurgu yapmaktadır. YHGK 27.06.2012, E.2012/4-179, K.2012/412. <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=35841> (Erişim: 15.01.2023).

⁶⁹ SEROZAN, s.411.

⁷⁰ BUCHER, s.100.

Tek bir hareket ile birden fazla kişisel değer ihlal edilmesi de mümkündür. (BUCHER, s.100)

⁷¹ USTA, s.9 vd.

⁷² VAN DER MEER/PERREN, s.98-99; BUCHER, s.101 vd.

⁷³ Düalizm; farklı kullanım şekilleri bulunmakla birlikte felsefede belirli bir alanla ilgili olarak iki temel kategori, prensip bulunduğu fikridir. Düalizmin en popüler tezahürlerinden birisi zihin felsefesi alanı kaynaklıdır. Zihin felsefesindeki düalizm; beden-ruh (fiziksel-zihinsel) ikiliği olarak ele alınmaktadır. (<https://plato.stanford.edu/entries/dualism/>) (Erişim: 10.01.2023).

Felsefede yaygın olarak kullanılan ve benimsenen bu fiziksel-zihinsel ikiliğinin maddi-manevi kişisel değerler ile paralellik arz ettiği düşüncesindedir. Bu nedenle kişilik hakları bakımından da ikili bir ayırım yapmayı uygun görüyoruz.

⁷⁴ BverfG NJW 1991, S.95-96; BGH St.1, S.288-289; BGH St.11, S.67-70; BGH St.36, S.145,147. (MUNDHENKE, Daniel: Rechtsdogmatische und rechtspolitische Bedeutung der Schmerzengeldrechtsprechung bei Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch Presseorgane, Cuvillier Verlag, Göttingen 2006, s.21)

ele alınmaktadır⁷⁵.

Şeref ve haysiyet; kişinin doğuştan veya sonra edindiği özellikleri nedeni ile toplum tarafından görüldüğü değer olarak tanımlanmaktadır⁷⁶. Yargıtay da benzer öğeleri içeren tanımında şeref ve haysiyeti;

“... toplumun gerekli saydığı ahlaki niteliklere sahip olduğu ya da böyle kabul edildiği için, kişiye verilen değeri ifade eder. Kişinin onuru, şerefi ve saygınlığı onun toplum içindeki tüm manevi değerlerinden oluşur. Bunlar kişinin ahlaki değerleridir.”⁷⁷

olarak nitelemiştir. Bu açıklamalar ve tanımlamalar ışığında ilk olarak onur, şeref, haysiyet kavramlarının kişiye toplum tarafından verilen değer ile ilgili olduğu ve bu değer de bir nevi “itibar” adı altında somutlaştığı tespitini yapıyoruz. İkinci olarak ise, bu bağlantıyı esas alarak karalama fiilinin zarar verdiği manevi kişilik değerinin onur, şeref, haysiyet olduğu noktasına varıyoruz.

Hukukumuzda, Yargıtay kararlarında ve doktrinde “itibar” değil “şeref ve haysiyet”⁷⁸ kullanılmakta, ele alınmakta ve incelenmektedir. Yukarıdaki paragrafta yapılan açıklama da nazara alınarak karalama fiilinin hukukumuzda “şeref ve haysiyet” değerleri ile bağlantılı değerlendirilmesi ve incelenmesi gerektiğini görüyoruz.

İtibar sadece gerçek kişilere özgü değildir. Tüzel kişilerin de itibarı bulunmaktadır ve bunun da korunması gereklidir⁷⁹. Bunun yanında tabiatları gereği tüzel kişilerin gerçek kişilere nazaran daha az kişisel değere sahip oldukları ve bunlar açısından daha kısıtlı bir değerlendirme yapılması gerektiği gözden kaçmamalıdır⁸⁰.

Şeref ve haysiyet, en çok ihlal edilen kişilik hakkı değeri olarak ortaya çıkmaktadır. Bunun üstüne kitle iletişim araçlarının gelişimi, şeref ve haysiyete saldırıyı hem kolaylaştırmaktadır hem de artırmaktadır. Bu nedenle bu konuda günümüzde kuvvetlendirilmiş bir korumanın gerektiği belirtilmektedir⁸¹. Bir müdahalenin şeref ve haysiyete saldırı teşkil edip etmediğinin tayin edilmesinde “normal vatandaş”ın (orta düzeyde kişi) değerlendirmesi esas alınmaktadır⁸².

Son olarak, şeref ve haysiyet önemine binaen doğrudan Anayasa’da da ele alınmıştır. Anayasa’nın “Düzeltilme ve cevap hakkı” başlıklı 32. maddesinin ilk fıkrası; “Düzeltilme ve cevap hakkı, ancak kişilerin haysiyet ve şereflerine dokunulması veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayımlar yapılması hallerinde tanınır ve kanunla düzenlenir.” şeklindedir. Bu hüküm ceza hukukuna özgü çekişmesiz yargılama faaliyeti olarak görülmektedir ve kişilik haklarına ilişkin Türk Medeni Kanunu uyarınca açılan davalar bakımından kesin hüküm teşkil etmemektedir⁸³. Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası ise daha ilk maddesinde insanın onur ve haysiyetinin korunmasını ele almaktadır. Maddenin ve Anayasa’nın ilk fıkrası “İnsanın onur ve haysiyeti dokunulmazdır. Tüm devlet erki ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür.” şeklindedir.

IV. KARALAMA FİİLİNİN YARATTIĞI TAHRİBATIN TÜRK MEDENİ KANUNU HÜKÜMLERİ ile TELAFİ EDİLMESİ

A. Kişilik Hakkını Koruyan Türk Medeni Kanunu Davalarının Ele Alınması (TMK m.25/I)

Kişinin şeref ve haysiyetinin dolayısıyla kişilik hakkının ihlal edilmesi durumunda başvuru ve koruma imkânı getiren Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu hükümleri bulunmaktadır. TBK m.58 ile kişilik haklarını düzenleyen TMK m.23-24-25 aynı doğrultudadır. Çerçeve niteliğindeki bu hükümler kişilik hakları zedelenen kimseler açısından genel bir koruma sağlamaktadır. Bu çalışmada esasen TMK m.25/II hükmü inceleme konusu yapılmıştır ancak bu hükmün işletilebilmesi için ön şart olarak bu maddenin ilk fıkrasında yer verilen davaların açılması gerekmektedir. Bu nedenle bu bölümde TMK m.25/I’de yer verilen davalar da ele alınmıştır.

Türk Medeni Kanunu’nun 25. maddesinin ilk fıkrası; “Davacı, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir.” şeklindedir. Hükmün üç farklı dava imkânı getirdiği görülmektedir. Bu hüküm mehaz İsviçre Medeni Kanunu’nun (ZGB) 28a maddesi ile aynı yöndedir. ZGB § 28a/1 hükmü de yasaklama/önleme (*verbieten*), ortadan kaldırma/son verme (*beseitigen*) ve tespit/belirleme (*feststellen*) davalarını saymaktadır.

⁷⁵ HAUSHEER, Heinz/AEBİ-MÜLLER, Regina: Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Auflage, Stampfli Verlag, Bern 2008, s.181; MUNDHENKE, s.21.

Dural/Öğüt de; şeref ve haysiyeti ele alırken bunun iki unsurdan oluştuğunu belirtmektedir. İlki, insan olma sebebiyle sahip olduğu şeref; ikincisi ise elde edilen değerler ile toplum içinde ulaşılan yerdir. Bundan sonra iç ve dış şeref ayırımına da değinmektedir (DURAL/ÖĞÜZ, s.130). Bu açıklamanın metinde yer verdiğimiz ayırım ile paralellik teşkil ettiği söylenebilir.

Kılıçoğlu/Kılıçoğlu Yılmaz, kişiye toplum tarafından verilen değeri objektif şeref ve haysiyet olarak nitelemektedir. (KILIÇOĞLU/KILIÇOĞLU YILMAZ, s.17)

⁷⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.190; AKKURT, s.347; KILIÇOĞLU/KILIÇOĞLU YILMAZ, s.15.

⁷⁷ Yargıtay 7.HD., 25.03.2016, 2015/6503 E., 2016/7166 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi: 15.01.2023.

GÖKCAN, Hasan Tahsin: Haksız Fiil Hukuku ve Maddi ve Manevi Tazminat Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s.764-765.

⁷⁸ Doktrinde bunların yerine “onur ve saygınlık” kavramının kullanıldığı da görülmektedir. “Şeref ve haysiyet (onur ve saygınlık)” şeklinde kullanım da yapılmaktadır. (Usta, s.13)

⁷⁹ HELVACI, Serap: Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar (MK.md.24/a fıkra I / İMK md.28a fıkra I), Beta Yayınları, İstanbul 2001, s.67 (HELVACI, Kişilik Hakkı Davası); BAYGIN, Cem/NAR, Ahmet: Medeni Hukuk Dersleri – I Başlangıç Hükümleri ve Gerçek Kişiler Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s.531; HELVACI, s.102; SEROZAN, s.413.

⁸⁰ HELVACI, Kişilik Hakkı Davası, s.87.

⁸¹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.197; HELVACI, s.128.

⁸² OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.194; HELVACI, s.129-130.

⁸³ USTA, s.200-201.

Bu davaların ortak şartları; kişilik hakkının varlığı, kişilik hakkının saldırıya maruz kalması ve hukuka aykırılık unsuru olarak sayılmaktadır⁸⁴. Bu davalarda failin kusuru ise aranmamaktadır⁸⁵. İsviçre doktrininde bu davalar olumsuz/malvarlığına ilişkin olmayan doğaya tabi davalar (*negatorische Ansprüche*) olarak nitelenmektedir. Tazminat başta olmak üzere diğer davalar ise onarıcı davalar (*reparatorische Ansprüche*) olarak ele alınmaktadır⁸⁶.

İhtiyati tedbirlerin bu davalar ile birlikte talep edilebileceği (özellikle önleme davası açısından) ve önemli fonksiyon ihtiva edebileceği gözden kaçmamalıdır. Bu sayede daha etkin bir hukuki koruma sağlanabilir⁸⁷. ZGB § 28c hükmünde açık şekilde yer verilen bu imkân hukukumuz açısından da geçerlidir. TMK’de bu yönde bir hüküm bulunmasa da HMK’de bulunan ihtiyati tedbire ilişkin hükümler (HMK.m.389 vd.) işletilebilir⁸⁸. Kılıçoğlu/Kılıçoğlu Yılmaz da Anayasa’nın 28. maddesi ve HMK’nin 389. maddesinin birlikte değerlendirilmesi ile önleme ve durdurma davalarında ihtiyati tedbirlerin önemli bir işlev yerine getirebileceğini belirtmektedir⁸⁹.

Bu noktada 5651 sayılı “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun” dan da bahsetmek gerekmektedir. Bu kanun ile getirilen içeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi yaptırımlarının uygulaması oldukça yaygındır. Bu yaptırımlar kısa sürede etkilerini gösterdikleri için bazı durumlarda Türk Medeni Kanunu hükümlerine nazaran daha elverişli bile olmaktadır. İvedi durumlara yönelik getirilen bu yaptırımlarda, kısa sürede karar verilmesi gerekliliği de nazara alınarak özellikle ispat açısından daha yumuşak davranıldığı kabul edilebilir. Bu bağlamda ele aldığımız TMK davalarının daha geç sonuçlanacağı ama kesin sonuç getireceği düşüncesindeyiz.

1- Önleme Davası

Önleme davası, adından da anlaşılabilirliği üzere vuku bulmuş ihlale değil, geleceğe ve saldırıyı doğmadan önce bertaraf etmeye yöneliktir. Bu dava, aşağıda ele alınacak diğer davalardan farklı olarak saldırı sonuçlarını değil, saldırı fiilini konu edinmektedir⁹⁰. Saldırı, hukuka aykırı, yakın ve ciddi olmalıdır. Davanın kusuru ve zarar ise aranmamaktadır. Davanın sonucunda verilen karar bir yapmama emrini içermektedir ve bu bağlamda bir eda davası olarak tezahür etmektedir⁹¹. Bununla birlikte önleme davasındaki eda hükmünün hangi zamana ait olduğunun bilinmemesi nedeniyle “klasik” eda davası hükümlerine göre farklılık taşıdığı belirtilmelidir⁹². Hâkim, kaçınılması gereken davranışı kesin ve detaylı şekilde kararında göstermelidir. Belirli olmayan bir yasak istenen korumayı sağlamamaktadır⁹³. Yakın ve ciddi saldırı tehdidinin ispatı ise güçlük arz edebilmektedir⁹⁴.

Kişilik hakkı ihlalini unutulma hakkı açısından ele alan Usta, iki farklı görüşe yer vermektedir. Bu görüşlerden ilki unutulma hakkının getirdiği korumanın “ex post/geriye dönük kullanılan” özelliğine vurgu yaparak ancak saldırı sonrasında gündeme gelebileceğini savunmaktadır. Diğer görüş ise, unutulma hakkının ihlali tehlikesinde önleme davasının mümkün olduğunu savunmaktadır⁹⁵. Bu görüşler, karalama fiili açısından da uygulanabilir niteliktedir.

Önleme davasının kullanılabilmesi için itibara yönelik hukuka aykırı saldırı tehdidinin dile getirilmesi veya açıklama için hazırlık hareketlerinin gerçekleştiriliyor olması gerekir⁹⁶. Hareketler korkutucu, tehdit edici nitelik taşıyor ise hukuki korumaya ilişkin yararın bulunmadığına hükmedilmelidir⁹⁷.

Açıklayanın kusursuz olması ve saldırının hafif nitelikte olması dışında açıklamanın engellenmesinin açıklayana büyük ekonomik zarar vermesi söz konusu olduğunda da önleme talebinin reddedilebileceği belirtilmektedir⁹⁸.

Önleme davasının bu özellikleri nazara alındığında karalama fiilleri açısından nadiren kullanılabilirliği de göze çarpmaktadır. Yukarıda karalama fiilinin unsurları tespit edilirken belirtildiği gibi sözlü veya yazılı ifadenin duyurulmuş olması gerekmektedir⁹⁹. Bu bağlamda karalama fiilinin varlığı için zaten ihlalin vuku bulmuş olması gerektiği sonucuna varılabilmektedir. Diğer yandan ifadenin karalama fiili teşkil ettiğini ortaya koymak için yanlış/yalan olduğunu da göstermek gerekmektedir; ifade duyurulmaksızın

⁸⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.259; HELVACI, Kişilik Hakkı Dava, s.86 vd.; HELVACI, s.159.

⁸⁵ USTA, s.188.

⁸⁶ VAN DER MEER/PERREN, s.109.

⁸⁷ DOĞAN, Murat: “Şahsiyet Hakkın Tecavüzün Önlenmesi Davası”(Önleme), AÜEHFD, 5(1-4), 2001, s.411-412; HAUSHEER/AEBİ-MÜLLER, s.231.

⁸⁸ DOĞAN (Önleme), s.412.

⁸⁹ KILIÇOĞLU/KILIÇOĞLU YILMAZ, s.326-327.

⁹⁰ KILIÇOĞLU, Ahmet: Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Yapılan Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk, 4.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s.325; HAUSHEER/AEBİ-MÜLLER, s.230; KILIÇOĞLU/KILIÇOĞLU YILMAZ, s.333.

⁹¹ KILIÇOĞLU, s.326; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.262; HELVACI, Kişilik Hakkı Dava, s.128 vd.; DURAL/ÖĞÜZ, s.156; DOĞAN (Önleme), s.383; USTA, s.188-190.

⁹² KILIÇOĞLU, s.326; KILIÇOĞLU/KILIÇOĞLU YILMAZ, s.334.

⁹³ TUOR, Peter/SCHNYDER, Bernhard /SCHMID, Jörg/RUMO-JUNGO, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2015, s.99; HAUSHEER/AEBİ-MÜLLER, s.230.

⁹⁴ HELVACI, s.160.

⁹⁵ USTA, s.189 ve atf yapılan yazarlar.

⁹⁶ KILIÇOĞLU, s.329.

⁹⁷ TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, s.99; HAUSHEER/AEBİ-MÜLLER, s.230.

⁹⁸ KILIÇOĞLU/KILIÇOĞLU YILMAZ, s.337.

⁹⁹ CHHETRÍ, s.1984; YILDIZ, s.3678; KERN, s.259.

ve daha önemlisi gerçeğe uygun olmadığı ortaya konulmaksızın (bu da zaten genellikle yargılama aşamasında yapılmaktadır) karalama fiili olduğu esasen ortaya çıkmamaktadır. Bu bağlamda karalama fiili açısından önleme davasının istisnai durumlarda kullanılabilir bir seçenek olduğunu söyleyebiliriz. İstisnai olarak örneğin, ileride gazetede yayınlanacak bir yazı, yazıya ilişkin yorumları, düşünceleri için önceden muhatabına gönderilmiş ise ve muhatabı yazıdaki yanlış/yalan bilgileri söylemesine rağmen yazının yayınlanması tehlikesi devam ediyor ise önleme davası gündeme gelebilir.

2- Süren Saldırıya Son Verme (Durdurma) Davası

Durdurma davasında kişilik haklarını ihlal eden fiil başlamıştır ve devam etmektedir. Bu davanın açılabilmesi için önem arz eden husus saldırının sürüyor olmasıdır. Saldırı henüz gerçekleşmemiş ise “önleme davası”, saldırı gerçekleşmiş ancak bitmiş ise “saldırının hukuka aykırılığının tespiti davası” akla gelmektedir.

Bu dava en temelde devam eden hukuka aykırı durumu ortadan kaldırmayı amaçlar ve geçmişe değil geleceğe yöneliktir¹⁰⁰. Tek hareket ile gerçekleşen ve sona eren saldırılar açısından bu davanın elverişli olmadığı görülmektedir¹⁰¹. Diğer deyişle durdurma davası sadece süreklilik, devamlılık içeren saldırılar bakımından gündeme gelmektedir.

Durdurma davasının özü bu dava açıldığında saldırının devam ediyor olmasına dayanmaktadır. Bunun yanında karar tarihinde de ihlalin varlığını sürdürmesi gerekmektedir¹⁰². Davanın açılmasından evvel saldırıda bulunan kişi tarafından hukuka aykırı durum giderildiğinde hukuki yarar yokluğu nedeniyle dava açılmaz¹⁰³.

Saldırının sürmesinden anlaşılması gereken ise maddi âlemde devam ediyor olmasıdır. Bir kişiye hakaret edilmesi, iftira atılması niteliği gereği tek bir hareket ile meydana getirilen ve süreklilik arz etmeyen saldırılardır. Bu tip saldırılarda maddi âlemde devamlılık yoktur ve devam etmediği için durdurma davası açılmasına elverişli de değildir¹⁰⁴. Bu durumlarda hemen aşağıda ele alınacak olan saldırının hukuka aykırılığının tespit edilmesi gündeme gelmektedir.

Karalama fiili açısından bu davayı değerlendirecek olursak ilk aşamada ele almamız gereken karalamanın farklı şekillerde gerçekleşebiliyor olduğudur. Sözlü olarak gerçekleştirilen karalama fiilleri nitelikleri gereği tek seferlik, ani olmaktadır ve bu bağlamda devamlı değildir. Bir televizyon programına katılan kişinin canlı yayında bir kişiyi gerçek olmamasına rağmen rüşvet almakla itham etmesi bu duruma örnek olarak verilebilir. Devamlı olmayan fiiller açısından ise durdurma davası gündeme gelmemektedir. Buna karşılık, yazılı olarak gerçekleştirilen karalama fiillerinde niteliği gereği devamlılık, süreklilik kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Yukarıda verdiğimiz örnek değiştirilerek aynı kişinin, aynı ifadeyi canlı yayında sözlü olarak değil Twitter’da yazılı olarak ifade ettiğini varsayalım, bu yazı Twitter’da durduğu sürece saldırı devam etmektedir. Devam eden saldırı söz konusu olduğunda ise durdurma davası açılabilir. Son olarak video kaydının da ele alınması gereklidir. Özellikle Youtube gibi platformlarda konuşmalar, tartışmalar, sözlü ifadeler vb. her zaman izlenebilir/ulaşılabilir kılınmaktadır. Bu durumda devam eden bir saldırı bulunduğu kabul edilmelidir.

Bu davanın kullanılabilmesi için devamlılık yanında son vermenin mümkün olması da gerekmektedir¹⁰⁵. Maddi âlemde “son verilebilmesi” yazının silinmesi, videonun kaldırılması ve kitabın toplatılması gibi yaptırımlar ile sağlanabilir.

Durdurma davasının sonunda verilen karar davalıya hukuka aykırı saldırıya son vermesi ve araçların veya içeriğin maddi âlemden kaldırılması emrini ihtiva etmektedir. Bu dava, emir içerdiği için eda davası niteliği arz etmektedir. Karar; kitapların toplatılması, afişlerin kaldırılması, sosyal medyada yer verilen içeriğin silinmesi vb. şekillerde somutlaşmaktadır¹⁰⁶.

3- Saldırının Hukuka Aykırılığının Tespiti Davası

Türk Medeni Kanunu’nun 25. maddesinin ilk fıkrası ile getirdiği son seçenek saldırının hukuka aykırılığının tespit edilmesidir. Kanun’un ifadesi ile “sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının” tespiti talep edilebilmektedir. Burada ilk iki seçenekten farklı olarak bir eda davası değil, bir tespit davası bulunmaktadır.

Tespit davasını ele alan Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) 106. maddesinin ikinci fıkrasında tespit davası açılabilmesi için hukuki yarar gerektiği açık şekilde belirtilmektedir. Eda davası açmanın mümkün olduğu durumlarda ise tespit davası açılmasında hukuki yarar bulunmamaktadır¹⁰⁷. Buna karşılık, saldırının muhakkak sona ermesini beklemeye gerek olmadığı da doktrinde belirtilmektedir¹⁰⁸.

Bu tespit davası ile sağlanan; mahkeme yani etkili ve otorite teşkil eden mercii (*autoritativ*) tarafından fiilin, davacının kişilik haklarını ihlal ettiğinin belirlenmesidir. Burada olgu değil, hukuki duruma yönelme

¹⁰⁰ KILIÇOĞLU, s.335-337; HAUSHEER/AEBİ-MÜLLER, s.232; KILIÇOĞLU/KILIÇOĞLU YILMAZ, s.339-340.

¹⁰¹ HOFER, Sybille/HRUBESCH-MİLLAUER, Stephanie/VİTO, Roberto: Einleitungsartikel und Personenrecht, Stampfli Verlag, Bern 2011, s.288; DOĞAN, Murat: “İnternetteki Yayınla Kişilik Hakkının İhlaline Karşı Durdurma Davası (Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 8.2.2001 Tarihli E.755/K.U57 Sayılı Kararı Çerçevesinde)”, AÜEHFD 7(2), 2003, s.392-393; HELVACI, Kişilik Hakkı Dava, s.130; KILIÇOĞLU, s.338; HELVACI, s.161.

¹⁰² HOFER/HRUBESCH-MİLLAUER/ROBERTO, s.288.

¹⁰³ KILIÇOĞLU/KILIÇOĞLU YILMAZ, s.342-343.

¹⁰⁴ DOĞAN, s.393; KILIÇOĞLU/KILIÇOĞLU YILMAZ, s.341-342.

¹⁰⁵ KILIÇOĞLU, s.340; DOĞAN, s.395.

¹⁰⁶ HELVACI, Kişilik Hakkı Dava, s.130; DOĞAN, s.396.

¹⁰⁷ VAN DER MEER/PERREN, s.111; KILIÇOĞLU, s.320; HELVACI, Kişilik Hakkı Dava, s.133-134; DOĞAN (Önleme), s.384.

¹⁰⁸ HELVACI, s.162.

söz konusu olmaktadır¹⁰⁹. Saldırının hukuka aykırılığının tespiti davası, en yaygın kullanılan kişilik hakkı koruma enstrümanıdır¹¹⁰.

Tespit davasının önem arz eden işlevinin “hükmün ilanı” için dayanak teşkil etme olduğu öne sürülmektedir¹¹¹. Kılıçoğlu da; basın yoluyla şeref ve haysiyeti ihlal eden bir açıklamanın hukuka aykırılığının ve gerçek dışılığının sadece tespitine yönelik bir istemin dava konusu olamayacağı görüşündedir. Açıklamanın sadece hukuka aykırılığının tespitinin toplumsal saygınlığı kazandırmaya elverişli olmadığını, bunun yayımlanması da gerektiğini belirtmektedir. Bu durumda da tespit davası değil, eda davası bulunduğu vurgu yapmaktadır¹¹². Kanaatimizce de – uygulama da nazara alınarak - saldırının hukuka aykırılığının tespiti davası, hükmün ilan edilmesi ile tamamlanmaktadır ve bu davalar arasında bir nevi işlev birliği bulunmaktadır. Zaten sona ermiş bir saldırının dava konusu edilerek tekrar gündeme getirilmesindeki amaç bunun hukuka aykırılığının tespit edilerek başkalarının zihnindeki yanlışlığın giderilmesi olmaktadır. Sadece tespit davası ile haklılığın ortaya konulması amaçlanan bu sonucu sağlamaz. Bununla birlikte, yayımlanma, kanun hükmü de esas alınarak ayrı bir talep/karar olarak ele alınabilir. Kişilik hakkı ihlal edilen kişinin topluma değil ama sadece saldırıyı gerçekleştirene karşı hukuka ve gerçeğe aykırılığı göstermek istemesi de söz konusu olabilir ve bu durumda yayımlanma talep dahi edilmeyebilir.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir dairesi, önceden verdiği bir kararında fiilin tamamlanmasından sonra etkinin devam edeceğine ve yenilerinin geleceğine ilişkin emare aramıştır. Davacının tamamlanmış fiilin etkilerine ilişkin kanıt getirmesi gerektiğine hükmetmiştir¹¹³. Sonrasında verilen karar ile önceki karardan açık şekilde dönülmüştür. Yeni kararda; saldırı teşkil eden fiilin rahatsız edici durumunun ortaya konulması yeterli sayılmıştır¹¹⁴.

Karalama fiili özellikle sözlü olduğunda, devamlılık arz etmeyen, tek hareketle gerçekleşmektedir. Örneğin, canlı yayında bir kişiyi töhmet altında bırakacak, itibarını zedeleyecek, doğru olmayan bir şey söylediğinde karalama fiili gerçekleşmiş olur. Bu durumda artık karalama fiili gerçekleşmiş ve tamamlanmıştır; fiil devam etmediği için durdurulmasına, son verilmesine de gerek yoktur. Bu durumda saldırının hukuka aykırılığının tespiti davası kullanılabilir. Ancak sözlü karalama teşkil eden ifade ses cihazı, video vb. ile kaydedilmiş ise ve özellikle internet ortamında izlenebilir durumda ise dururma davası gündeme gelmektedir.

B. Üçüncü Kişilere Bildirim veya Yayımlanma İmkânı (TMK m.25/II)

Gerçekleştirilen saldırı, maddi âlemde meydana gelmekle birlikte esasen kişilerin zihinlerinde sonuç doğurmaktadır. Saldırıya uğrayan kişi ile ilgili olumsuz değer yargılarına sebep olmaktadır. Fiil maddi âlemde sürüyor ise, yukarıda ele alınan dururma davası kullanılabilir ancak saldırının maddi âlemden kaldırılması, kişilerin/toplumun zihninde meydana getirilen olumsuz etkiyi yani itibardaki sarsılmayı telafi edememektedir¹¹⁵. Twitter'da yazılı olan yanlış bir ifade dururma davası ile kaldırılabilir, ancak bu yazıyı okumuş olanlar bakımından olumsuz etki devam etmektedir. “Çamur at izi kalsın” deyişi bu gibi durumlar için kullanılmaktadır. İşte zihinlerde meydana gelen olumsuz etkinin ortadan kaldırılması için kararın bildirim ve yayımlanma imkânı bulunmaktadır.

Türk Medeni Kanunu'nun 25. maddesinin 2.fikrası; “Davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir.” şeklindedir. Mehaz İsviçre Medeni Kanunu § 28a/2 ile doğrudan aynı yönde bir düzenleme olarak alınmıştır.

Türk Medeni Kanunu'nun 25. maddesinin 2. fıkrasındaki “bunlarla birlikte” ifadesi nazara alınarak üçüncü kişilere bildirim veya yayımlanma imkânının bağımsız bir dava niteliği arz etmediği, ilk fıkrada yer verilen davalar ile birlikte kullanılacağı sonucuna varılmaktadır. İlk fıkrada yer verilen davalardan olan önleme davası bakımından bu fıkranın uygulanma imkânının daha zor olduğu ve dururma, tespit davaları açısından daha elverişli olduğu belirtilmelidir¹¹⁶. Fıkranın ifadesi nazara alınarak, bildirim ya da yayımlanmanın ayrıca talep edilmesi gerektiği, hâkim tarafından kendiliğinden bu yönde karar verilemeyeceği de göze çarpmaktadır.

Düzeltilmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması, karalama fiilinin meydana getirdiği tahribatın telafi edilmesi, onarılması için kullanılmaya oldukça elverişlidir. Çalışmanın başında ele aldığımız gibi karalama fiili unsurlarından ilki gerçeğe aykırılık/yanlış beyandır. Verilen karar/düzeltilme gerçeği içermektedir. Karar, beyanın yanlış olduğunu yani hukuka aykırı saldırı olduğunu tespit etmektedir. Bunu takiben, kararın üçüncü kişilere bildirilmesi veya yayımlanması söz konusu olmaktadır. Bu da karalamanın ikinci unsuru olan ifadenin duyurulmasının karşılığı olarak ele alınmalıdır. Nasıl karalama fiilinin gerçekleşmesi için ifadenin duyurulması gerekiyor ise karalama ile zedelenen itibarın tekrar eski haline getirilmesi için de aynısının yapılması, duyurulması gerekmektedir.

Düzeltilme veya kararın yayımlanması talebi geldiği zaman hâkim bütün hâl ve şartları göz önünde tutmalıdır. Kararın olabildiğince detaylı, tartışmaya mahal vermeyecek nitelik arz etmesi gerekmektedir.

¹⁰⁹ VAN DER MEER/PERREN, s.111; HOFER/ HRUBESCH-MİLLAUER/ROBERTO, s.288-289.

¹¹⁰ HAUSHEER/AEBİ-MÜLLER, s.233; HOFER/ HRUBESCH-MİLLAUER/ROBERTO, s.289.

¹¹¹ SEROZAN, s.426.

¹¹² KILIÇOĞLU, s.319-320.

¹¹³ BGE 120 II 371; 123 III 385 (HAUSHEER/AEBİ-MÜLLER, s.234.)

¹¹⁴ BGE 127 III 481 (HAUSHEER/AEBİ-MÜLLER, s.234.)

¹¹⁵ VAN DER MEER/PERREN, s.114; DOĞAN, s.395-396.

¹¹⁶ USTA, s.199.

Yayının kapsamı, nerede ve nasıl gerçekleştirileceği, zamanı, şekli vb. belirlenmelidir¹¹⁷. İsviçre Federal Mahkemesi burada “aynı medya ortamı ve aynı hedef kitle” olmasını esas almaktadır¹¹⁸. Düzeltmeye ilişkin metnin bizzat davacı tarafından hazırlanması ve doğrudan bu metnin yayınlanmasına da karar verilmesi mümkündür¹¹⁹. Karalama fiili hangi yol veya vasıta ile gerçekleştirilmiş ise genellikle düzeltici bildirim veya yayımın da aynı yol ile yapılması söz konusu olmaktadır. Hemen yukarıda belirttiğimiz İsviçre Federal Mahkemesi kararı bizde de yol gösterici olabilir ve “aynı medya ortamı ve aynı hedef kitle” kuralı uygulanabilir. Örneğin, Twitter’da yazılan bir yazının gerçeğe aykırı olduğu ve karalama fiili teşkil ettiği tespit edilmiş ise düzeltmenin de Twitter’dan (aynı kullanıcı hesabından) paylaşılması makul ve hakkaniyetli olacaktır. Ancak bu noktada bir sınırlama bulunmamaktadır ve hâkim somut olayın gereklerine ve hakkaniyete uygun olarak karar vermelidir.

Kişiliği ihlal eden açıklamanın üzerinden uzun zaman geçmiş ise, kararın yayımlanmasının doğru olmayabileceği ve açıklamanın kamuoyunda unutulmuş olup olmadığı açısından değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmektedir. Hâkimin davacının talebi ile bağlı olmadığı, kararın yayımının onun için yararlı olup olmadığını bizzat araştırması gerektiği ileri sürülmektedir¹²⁰. Kanaatimizce; hâkim, davacının subjektif olan kendi isteğini ve yararını değil, sadece objektif olan davadaki hukuki yararı ele alabilir. Diğer bir deyişle, hâkimin kişilerin yararını değil davadaki yararı değerlendirmesi gerekir. Hukuki yarar; üç unsurun bir araya gelmesi ile oluşmaktadır. Bunlar; iddia düzeyinde bile olsa subjektif hakkın varlığı, bu hak için mahkemeye başvurma gerekliliği ve dava ve türünün amaçlanan hukuki koruma için yeterli olmasıdır¹²¹. Hâkimin bu unsurlar dışında başka bir değerlendirme yapması gerekli ve doğru değildir. Bu nedenle bahis konusu yapılan görüşe iştirak etmiyoruz.

Mahkemece verilen yayımlanmaya ilişkin hükmün yerine getirilmemesi durumunda İcra ve İflas Kanunu’nun (İİK) 343. maddesi devreye girmektedir¹²². Yapma ve yapmama emrini içeren mahkeme kararlarının icra edilmesi İİK.m.30 hükmünde ele alınmaktadır. Bu hüküm ise İİK. m.343’e atf yapılarak son aşamada tazyik hapsi yaptırımını ortaya koymaktadır. Bu ihtimal ve üç aya kadar çıkabilen tazyik hapsi tehdidinin caydırıcılık sağladığı vakıadır.

Kararın yayımlanması veya üçüncü kişilere bildirilmesinin hukuki niteliği de incelenmelidir. Helvacı, bu durumda koruyucu davalar ile birlikte talep edilebilen tedbir nitelikli bir istem bulunduğunu belirtmektedir. Bu talebin yanlış izlenimi ortadan kaldıran bir tedbir olduğuna ve bağımsız olmadığına vurgu yapmaktadır¹²³. Kılıçoğlu ise, karar yayımının durdurma davasının bir şekli olduğunu savunmaktadır ve bu görüşün temelinde kişilik hakları saldırıya uğrayan kişiyi daha etkin şekilde koruma amacı bulunmaktadır. Karar yayımını manevi tazminatın bir türü olarak ele alan görüşün¹²⁴ kabul edilmesi durumunda kusursuzluk ispatı ile kurtulmanın mümkün olacağını ve istenen korumanın sağlanamayacağını savunmaktadır¹²⁵. Hausheer/Aebi-Müller, kararın duyurulması/yayımlanması istemini ikincil bir talep olarak nitelemektedir. Bu yönde kararın saldırının etkilerini ortadan kaldırma aracı olduğunu belirtmektedir¹²⁶. Kanaatimizce, bu talebin tek başına bir dava olarak ileri sürülebilmesi nazara alınarak bağımlı özelliği; başka davalardan (TMK m.25/I davaları) sonra ve onlara ek olarak talep edilebilmesi göz önünde tutularak tali özelliği ön planda tutulmalıdır. Bu özellikler esas alınarak kararın yayımlanması veya üçüncü kişilere bildirilmesini bağımlı ve tali bir talep olarak nitelemektediriz.

V. SONUÇ

Karalama fiili, bu çalışmada manevi kişisel değerler ve dolayısıyla kişilik haklarını ihlal eden bir fiil görünüşü ile ele alınmıştır. Hukuka aykırılık teşkil eden karalama fiilinin uygulamadaki yaygınlığı nazara alınarak çalışmanın çıkış noktası olmasına karar verilmiştir.

Karalama fiilinin genel çerçevesinin çizildiği ve tanımının yapıldığı ilk bölümden sonra unsurlar ortaya konulmuştur. Gerçek olduğu iddia edilen yanlış bilgi ve bunun duyurulması olarak tezahür eden unsurlar, karalama fiilinin ayırt edilmesine yaramaktadır. İlk unsur açısından önem arz eden gerçeğe aykırılıktır ve bunun tayininde görünür gerçekliğin esas alınması gerektiği belirtilmiştir. İfadenin duyurulması unsuru bakımından göz önüne alınacak olan ise kişinin ayırt edilebilir kılınması olmaktadır.

Doktrinde, karalama fiilinin ifade özgürlüğü açısından da değerlendirildiği görülmektedir. Bizce; karalama fiilinde objektif olan gerçekliğe aykırılık söz konusu iken ifade özgürlüğünde subjektif görüşler ve yorumlar gündeme gelmektedir. Bu nedenle de karalama fiili ile ifade özgürlüğü kavramının ortak bir sınırı olmadığı, çatışamayacağı düşüncesindeyiz.

¹¹⁷ SERDAR, İlknur: Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Kişiliğin Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1999, s.264; BAYGIN/NAR, s.567-568; USTA, s.201; KILIÇOĞLU, s.349; HAUSHEER/AEBİ-MÜLLER, s.236; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.266.

¹¹⁸ BGE 126 III 217 ff. (VAN DER MEER/PERREN, s.114)

¹¹⁹ VAN DER MEER/PERREN, s.114; KILIÇOĞLU, s.348-349.

¹²⁰ KILIÇOĞLU, s.349.

¹²¹ ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin: Medeni Usul Hukuku, 4.B, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s.323-324.

¹²² ETLİOĞLU ERÇETİNGÖZ, Seçil: İnternet Ortamında Şeref ve Haysiyetin Korunmasında Uygulanacak Hukuk, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019, s.75; DOĞAN, s.405.

¹²³ HELVACI, Kişilik Hakkı Dava, s.139.

¹²⁴ Mahkeme kararının yayımının hukuksal niteliği konusunda yaygın olan görüşlerden birisi de TBK.md.58/II anlamında manevi tazminat değerlendirmesidir. (KILIÇOĞLU, s.347 ve aynı sayfadaki 120 numaralı atf)

¹²⁵ KILIÇOĞLU, s.348.

¹²⁶ HAUSHEER/AEBİ-MÜLLER, s.236.

Genel bir kişilik hakkını kabul eden Türk/İsviçre hukukunda, bu hakkın kapsamı ve içeriği doktrin ve mahkeme kararları ile tayin edilmektedir. Türk/İsviçre hukukunun Alman hukukundan farklı olarak kabul ettiği genel kişilik hakkı tercihi esneklik sağlamaktadır ve ortaya çıkan yeni kişisel değerlerin korunmasını kolaylaştırmaktadır. Karalama fiilinin temelde itibarı hedeflediği belirtilmiştir. İtibar ise doktrinimizde ve yargı kararlarında ayrı bir kişisel değer olarak ele alınmaktan ziyade “şeref, haysiyet” altında incelenmektedir.

Karalama fiili en temelde kişinin toplumdaki değerini zedelemektedir. Bu fiil gerçekleştirildikten sonra eski hale dönülmesi, fiilin etkilerinin ortadan kaldırılması bazen güçlük arz edebilmektedir. “Çamur at izi kalsın” deyişi de bu güçlüğü işaret etmektedir. Bununla birlikte Türk Medeni Kanunu’nun sağladığı imkânlardan istifade edilerek bu olumsuz durumun giderilmesi sağlanabilmektedir. Özellikle; Türk Medeni Kanunu’nun 25. maddesinin ikinci fıkrasında yer verilen düzeltmenin ve kararın duyurulması seçeneği karalama fiilinin meydana getirdiği olumsuz durumu telafi etmek için oldukça elverişlidir. İsviçre Federal Mahkemesi’nin kararlarında yer verdiği “aynı medya ortamı ve aynı hedef kitle” kuralı bizde de esas alınabilir. Bunun yanında; duyurma/yayımlanma kararında yer, zaman, şekil vb. açısından açıklık olmasına dikkat edilmelidir.

KAYNAKÇA

- AKKURT, Sinan Sami: “Kişilik Hakkının Sosyal Medya Kullanıcıları Tarafından İhlali Hâlinde Ortaya Çıkacak Cezaî Sorumluluğa Medenî Hukuk Bağlamında Bir Bakış”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 25(2), 2017, s.329-373.
- ARIKAN, Mehmet İbrya: Türk Ceza Hukuku’nda İftira Suçu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2022.
- ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin: Medeni Usul Hukuku, 4.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- AYDOS, Oğuz Sadık: “Basın Yolu İle Kişilik Hakları İhlallerinde Manevî Tazminat”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XVI(2), 2012, s.1-36.
- BAYGIN, Cem/NAR, Ahmet: Medeni Hukuk Dersleri – I Başlangıç Hükümleri ve Gerçek Kişiler Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- BUCHER, Andreas: Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 4.Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2009.
- BURESH, Donald: “Will Cancel Culture Prevent The Adoption of The Right To Be Forgotten?”, International Journal of Current Advanced Research, 10(04)(A), 2021, s.24127-24137.
- CANBOLAT, Ferhat/KOŞAR, Gülhan Gönül: “Basın Yoluyla Kişilik Hakkının İhlalinin Tespitinde Kullanılan Yargıtay Ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Ölçütlerinin Değerlendirilmesi”, TBB Dergisi, 33(151), 2020, s.259-302.
- CHHETRİ, Shweta: “The Defamation in the Internet Age: Cyber Defamation”, International Journal of Law Management & Humanities, 4(1), 2021, s.1981-1994.
- DEMİR, Sertaç Timur.ÖZCAN, Ali: “Sosyal Medya ve Linç Kültürü”, İletişim Kuram ve Araştırma Dergisi, 56, 2021, s.1-14.
- DOĞAN, Murat: “İnternetteki Yayınla Kişilik Hakkının İhlaline Karşı Durdurma Davası (Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 8.2.2001 Tarihli E.755/K.U57 Sayılı Kararı Çerçevesinde)”, AÜEHFD, 7(2), 2003, s.387-406.
- DOĞAN, Murat: “Şahsiyet Hakkın Tecavüzün Önlenmesi Davası”, AÜEHFD, 5(1-4), 2001, s.369-420. (DOĞAN, Önleme).
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, 22.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021.
- ETLİOĞLU ERÇETİNGÖZ, S.: İnternet Ortamında Şeref ve Haysiyetin Korunmasında Uygulanacak Hukuk, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019.
- GETAHUN, Temelson Gashaw: İfade Özgürlüğü ve Dezenformasyon: Etiyopya Örneği, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2021.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin: Haksız Fiil Hukuku ve Maddi ve Manevi Tazminat Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.
- GUESS, Andrew/LYONS, Benjamin: “Misinformation, Disinformation, and Online Propaganda”, in Persily, Nathaniel/Tucker, Joshua (ed.), Social Media and Democracy. Cambridge University Press, Cambridge 2020, s.10-33.
- GÜMÜŞ, Büşra: “Lincin En Yeni Biçimi: Sosyal Medyada Linç”, Sosyologca, 8(15-16), 2018, s.112-123.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler – Millete ve Devlete Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, Ankara 2016.
- HATEMİ, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- HELVACI, Serap: Gerçek Kişiler, 8.Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2017.
- HELVACI, Serap: Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar (MK.m.24/a fıkra I/ İMK m.28a fıkra I), Beta Yayınları, İstanbul 2001. (HELVACI, Kişilik Hakkı Dava)
- HOFER, Sybille/HRUBESCH-MİLLAUER, Stephanie/VİTO, Roberto: Einleitungsartikel und Personenrecht, Stampfli Verlag, Bern 2011.
- HYLTON, Keith N.: Tort Law, Cambridge University Press, Cambridge 2016.
- KARAKIŞ, Cemal Çağlar: Nefret Söylemi Linç İlişkisi: Türkiye’de Nefret Temelli Linç, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü, İstanbul 2020.
- KERN, Bryson: “Reputational Injury Without A Reputational Attack: Addressing Negligence Claims For Pure Reputational Harm”, Fordham Law Review, 83, 2014, s.253-293.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Yapılan Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, 4.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.
- KILIÇOĞLU, Ahmet/KILIÇOĞLU YILMAZ, Kumru: Kişilik Hakkı ve Korunması, Turhan Kitabevi, Ankara 2023.
- MCGONAGLE, Tarlach: Freedom of Expression and Defamation, Council of Europe Publishing, Strasbourg 2016.
- MUNDHENKE, Daniel: Rechtsdogmatische und rechtspolitische Bedeutung der Schmerzensgeldrechtsprechung bei Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch Presseorgane, Cuvillier Verlag, Göttingen 2006.
- OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 19.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020.

- SCHOPENHAUER, Arthur: İsteme ve Tasarım Olarak Dünya, 8.Basım, Çeviren: Levent Özşar, Biblos Yayınları, İstanbul 2020, (SCHOPENHAUER, İsteme).
- SCHOPENHAUER, Arthur: Yaşam Bilgeliği Üzerine Aforizmalar, 29.Basım, Çeviren: Mustafa Tüzel, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2021.
- SERDAR, İlknur: Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Kişiliğin Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1999.
- SEROZAN, Rona: Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.
- TUOR, Peter/SCHNYDER, Bernhard /SCHMID, Jörg/RUMO-JUNGO, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Auflage, SchulthessVerlag, Zürich 2015.
- USTA, Oğuz: Kişilik Hakları Bağlamında Unutulma Hakkı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri 2022.
- VAN DER MEER, Jens/PERREN, Ruben: Repetitorium Personenrecht, 2.Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich 2011.
- YILDIZ, Ozan Ali: “Şeref ve Haysiyete Yönelik Saldırıları Karşısında Kişilik Hakkının Korunması”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(1), 2020, s.3675-3689.
- YILMAZ, Zeynep: Hukuki Açından Toplumsal Şiddet Olarak Türkiye’de Linç, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. İstanbul 2012.
- ZEVKLİLER, Aydın: Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler, Ankara 1981.
- <https://www.britannica.com/topic/defamation>
- <https://www.law.cornell.edu/wex/defamation>
- <https://www.lexisnexis.co.uk/legal/glossary/defamation>
- <https://www.merriam-webster.com/dictionary/cancel%20culture>

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Sarp ŞAHANKAYA, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Sarp ŞAHANKAYA, who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that he complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnULR in all processes of the paper and that he does not make any falsification of the data collected. In addition, he declares that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.

GALLE (GELİR) ALACAĞI

INCOME RECEIVABLE

Kübra SUCU YER* 

Makale Bilgi

Gönderi: 05/04/2023
Kabul : 24/12/2023

Anahtar Kelimeler

Vakıf,
Galle Fazlası,
Vakfeden.

Article Info

Received: 05/04/2023
Accepted: 24/12/2023

Keywords

Foundation,
Income Surplus,
Endowment.

Özet

ID.21492/inuhfd.1277479 

743 sayılı Medenî Kanun'un kabulünden sonra mazbut ya da mülhak vakıf olarak kurulan zürri vakıfların malvarlığı üzerindeki hak sahipliği hem 2762 sayılı mülga Vakıflar Kanunu hem de 5737 sayılı Vakıflar Kanunu ile belirli koşullara bağlı olarak muhafaza edilmiştir. Bu kapsamda mazbut ve mülhak vakıflarda vakfın hayrat ve akarlarının onarımı ile vakfiyelerindeki hayrat hizmetlerinin ifasından sonra kalan miktarı ifade eden galle fazlası üzerindeki hak korunmaktadır. Galle fazlasına ilişkin olarak Vakıflar Yönetmeliği'nde ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemelere göre kişinin galle fazlası alabilmesi için galle fazlası almaya hak kazandığını gösterir bir mahkeme kararına sahip olması gerekmektedir. Belirtmek gerekir ki kişinin böyle bir mahkeme kararı alabilmesi için vakfiyede galle fazlası şartının bulunması ve vakfedenin soyundan geldiğinin de ispatlanması şarttır. Galle fazlası almaya hak kazanmanın bir diğer şartı ise Kanun gereğince birtakım giderler düşüldükten sonra galle fazlası olarak ödenecek miktarın kalmış olmasıdır. Çalışmada kişilerin eski vakıflarda galle fazlası üzerindeki hak sahipliği kapsamında vakıf ve galle alacağı kavramları üzerinde durularak, galleye müstehik vakıf evladı olduğunun tespiti davasına ilişkin incelemeler yapılacaktır.

Abstract

After the adoption of the Civil Law No. 743, the right ownership of the assets of the emerging foundations established as fused or annexed foundations was preserved subject to certain conditions both with the abolished Foundations Law No. 2762 and the Foundations Law No. 5737. In this context, the right to the surplus of income, which represents the amount remaining after the repair of the charity and the akars of the foundation and the performance of the charity services in the foundations, is protected in fused and annexed foundations. Regarding the income surplus, detailed regulations are included in the Foundations Regulation. According to the aforementioned regulations, a person must have a court decision showing that he or she is entitled to receive a surplus of income. It should be noted that in order for a person to take such a court decision, there must be a condition of excess income in the charter, and it must be proven that he or she is descended from the endowment. Another condition for being entitled to receive an income surplus is that the amount to be paid as an income surplus remains after deducting some expenses as per the Law. In the study, the concepts of foundation and income receivables within the scope of entitlement to the excess of income in old foundations will be emphasized, and examinations will be made on the case of determination of the fact that he or she is a foundation child.

 Bu eser [Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır.

* Arş. Gör., Atatürk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** SUCU YER, Kübra, "Galle (Gelir) Alacağı", İnÜHFD, 14(2), 2023, s.542-553. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | **This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.**

EXTENDED SUMMARY

Foundation, literally means to detain, imprison, stop, withhold, rest, not move. In line with the definitions of Islamic jurists, it means to imprison a property in the way of god forever and to prevent it from being used, and to allocate its benefits to god's servants. In the light of today's legal regulations, a foundation is defined as "the foundation is formed by real and legal persons who are qualified to establish a foundation by allocating sufficient goods and rights to a specific and permanent purpose that they have determined with their free will, in compliance with certain conditions, and the necessary immunities are provided in order not to be deprived of this purpose, they have legal personality, can be defined as "commodities."

The foundations that have existed in Turkish society since ancient times were divided into two, old and new foundations, after the adoption of the Civil Code No. 743. In the period before the adoption of the Civil Code, people established foundations called zürri foundations in order to enable their children and relatives to benefit from the income and property of the foundation. It was possible for these foundations, which had the characteristics of Zürri foundations, to be established as fused or annexed foundations.

Zürri foundations are foundations whose purpose is to enable the descendants of the donor to benefit from the foundation in question. Fused foundations are foundations that were established before the entry into force of the Civil Code No. 743 and whose management is carried out by the administration or whose management is left to people who are not descendants of the foundation, and foundations whose purpose has expired or whose purpose is no longer possible. Annexed foundations are foundations controlled by the Ministry of Foundations and independently managed by the persons specified in their foundation charters. In Zürri foundations, it is envisaged that more than the income of the foundation will be given to children or relatives after the benevolent conditions specified in the charter have been fulfilled.

After the adoption of the Civil Law No. 743, the right ownership of the assets of the offspring foundations established as fused or annexed foundations was protected, subject to certain conditions, with both the abolished Foundations Law No. 2762 and the Law on Foundations No. 5737.

Income, which terminologically means "crop/product," and "grain" in Arabic, refers to the income obtained from the foundation. Income surplus, on the other hand, refers to the amount remaining after the restoration of charity and akars of the foundation in fused and annexed foundations and the performance of charity services in its foundations.

How the Income surplus will be requested and distributed is regulated in detail in the Foundations Regulation. According to the aforementioned regulations, the first condition for a person to receive a surplus of income is to have a court decision showing that he or she is entitled to receive an excess of income. However, in order for a person to take such a court decision, there must be a condition of surplus of income in the charter, and it must be proven that he is descended from the endowment. The second condition for a person to receive a surplus of income is that after deducting some expenses as per the Law, the amount to be paid is a surplus of income.

In fused and annexed foundations established for the benefit of foundation children, the lawsuit filed by the person claiming to be a descendant of the foundation in order to determine that he is a foundation child and to benefit from the income of the foundation according to the conditions in the foundation is called "detection of foundation adopted child to the income" in practice. The lawsuit to be filed to determine whether he is a foundation child or only a foundation child is in the nature of a determination lawsuit. In the case in question, the court determines whether the plaintiff is the son, relative or related person of the endowment. In addition, if the claimant is asked to determine whether the income is a contributor to the income, it should also be determined whether the excess income should be distributed according to the foundation deed, and if it is to be distributed again, whether the claimant is one of the people who can get a share from the income.

In order for an income surplus to be claimed, each interested party must file a separate lawsuit and determine the entitlement. Therefore, the rejection or acceptance of the case of the foundation child or the determination of the right to income does not affect the third parties who meet the same conditions.

The persons who will benefit from the income of the merged and annexed foundations are defined as usufruct holders both in the repealed Law No. 2762, the Law on Foundations No. 5737, and the Regulation issued pursuant to this Law. However, it is not possible to talk about usufruct right here in a technical sense because the beneficiary gains the right to receivables only a certain amount on the excess income of the foundation. The said right does not give the owner the authority to use and benefit from the foundation's goods, nor is it transferable to third parties.

Foundation children or related persons who have determined by a court decision that they are foundation children or related persons and that they are entitled to receive income surplus; In fused foundations that have a condition regarding the payment of excess income in their charter, they apply to the relevant regional directorate, and in annexed foundations managed by representation by the general directorate, they apply to the regional directorate.

With the paragraph added to Article 7 of the Law on Foundations No. 5737 with Article 208 of the Law No. 6111, it is regulated that the claims regarding usufruct rights will decrease after five years from the date of the finalization of the court decision showing that the right to receive a surplus of income. There is no clarity as to whether the period regulated in the Law regarding the claims regarding the usufruct right is the period of forfeiture or the statute of limitations. In other words, it is regulated that it is no longer possible to claim income receivables from the foundation after the time has passed. Therefore, the period in question can be qualified as a period of disqualification, since it terminates the foundation's right to the income after it has elapsed.

I. GİRİŞ

Türk toplumunda çok eski tarihlerden beri var olan ve insan fitratında bulunan yardımseverlik, dayanışma gibi duygulardan beslenen vakıflar, bu duyguların kaynağını oluşturan İslâm dininin oluşturduğu ortamda doğma ve gelişme imkânı bulmuş ve gerek Medenî Kanun'un kabulünden önce gerekse sonra varlığını sürdürmeye devam etmiştir. 743 sayılı Medenî Kanun'un kabulünden sonra vakıflar eski ve yeni vakıflar olmak üzere ikiye ayrılmıştır.

743 sayılı Medenî Kanun'un kabulünden önce kurulan bazı vakıflarda vakfeden, vakfedilen malvarlığı ya da geliri üzerinde belirli koşullara bağlı olarak kendi soyundan gelen kişiler başta olmak üzere üçüncü kişilere menfaat sağlayabilmekteydi. Gerek 5737 sayılı Vakıflar Kanunu gerekse bu Kanun'un mülga ettiği 2762 sayılı Vakıflar Kanunu'nda vakfeden malvarlığı ya da geliri (galle fazlası) üzerinde vakfeden tarafından bu surette sağlanan hak sahipliği korunmuştur.

Çalışmada kişilerin eski vakıflarda galle fazlası üzerindeki hak sahipliği incelenecektir. Bu kapsamda öncelikle vakıf kavramı ve türleri üzerinde durulduktan sonra, galle fazlası alacağının hukuki niteliğine ilişkin değerlendirme yapılacaktır. Daha sonra galle fazlasından yararlanma koşulları açıklanarak, galle fazlasının ödenmesi için yapılacak başvuru, galle fazlasının hesaplanması ve hak sahibine ödenmesi hususları incelenecektir. Son olarak ise galle alacağı talep edilebilmesi açısından geçerli olan süre sınırlaması üzerinde durulacaktır.

II. VAKIF KAVRAMI

Arapça'dan Osmanlıca'ya, oradan da Türkçe'ye geçen bir kelime olarak vakıf, sözlük anlamı olarak alıkoymak, hapsedmek, durmak, durdurmak, tevkif etmek, dinlendirmek, kımıldamamak anlamlarına gelmektedir¹.

Hukuk literatürü açısından ise vakfî, İslâm hukukçuları ve fâkihların görüşleri doğrultusunda, bir malı ebedi olarak Allah yolunda hapsedmek ve tasarruftan men etmek bunun yanı sıra menfaatini de Allah'ın kullarına tahsis etmek olarak tanımlamak mümkündür².

Günümüz hukuki düzenlemeleri ışığında ise vakıf;

“Vakıf kurma yeterliliğini taşıyan gerçek ve tüzel kişilerin belirli koşullara uymak suretiyle serbest iradeleri ile tayin ettikleri belirli ve sürekli bir amaca, yeterli mal ve haklarını özgülemeleri ile oluşan, bu amacından alıkonmaması için gerekli dokunulmazlıklar sağlanmış, tüzel kişiliğe sahip, mal topluluğu³”

olarak tanımlanabilir. Vakıf, Türk toplumunda çok eski tarihlerden beri var olan bir kurumdur. İslâm hukukunun en önemli kurumlarından olan vakıflar önceki İslâm devletleri ve Osmanlı Devleti'nde, günümüzde devlet tarafından yerine getirilen sağlık, eğitim, bayındırlık gibi kamu hizmetlerini yerine getirmekteydi.

Yardımseverlik, dayanışma gibi duyguların kaynağını oluşturan İslâm dininin oluşturduğu ortamda doğma ve gelişme imkânı bulan⁴ vakıflar, 743 sayılı Medenî Kanun⁵'un kabulünden sonra eski ve yeni vakıflar olarak ikiye ayrılmıştır.

Medenî Kanun'un kabulünden önceki dönemde, başka bir ifadeyle eski vakıflar döneminde, kişiler, evlatlarının ve akrabalarının vakıf gelir ve mallarından faydalanmasını sağlamak amacıyla zürri vakıf olarak adlandırılan vakıflar kurmuşlardır.

Zürri vakıflar⁶ amacı vakfedenin soyundan olanların söz konusu vakıftan faydalanmalarını sağlamak olan vakıflardır⁷. Zürri vakıflarda vakfiyede belirtilen hayrî koşullar gerçekleştirildikten sonra vakfın gelirinden fazlasının başka bir ifade ile galle fazlasının evlatlara ya da hısımlara verilmesinin öngörülmesi söz konusudur.

Osmanlı Devleti döneminde zürri vakıfların kurulması her ne kadar tartışmalı olsa da caiz görülmüştür⁸. Zira İslâm hukukçularının büyük çoğunluğuna göre bağış yoluyla da yapılması mümkün olan bir yardımın, vakıf yoluyla yapılması kişide var olan hayır yapma duygusunun ispatı niteliğindedir. Dolayısıyla mevcut zürri

¹ YELBAŞI, Cengiz: Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, Ankara 2014, s.693.

² AKGÜNDÜZ, Ahmet: İslâm Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi, Türk Tarih Kurumu, Ankara 1988, s.29; ÖZKAYA, Erarslan: Eski Vakıf Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s.22.

³ ÖZKAYA, s.40.

⁴ ÖZSUNAY, Ergun: Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1982, s.355; AVCI, Mustafa: Türk Hukuk Tarihi Dersleri, 5. Bası, Mimoza Yayıncılık, Konya 2015, s.248.

⁵ RG: 04.04.1926; 339.

⁶ Zürri vakıflara aile ve soydan gelenler için vakıf (evladiye vakıf) adı da verilebilir. Bkz. AKİPEK, Şebnem/ALTAŞ, Hüseyin: “Vakıflarda Evladiye Kavramı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(4), 1998, s.145; ULUÇ, Yusuf, Vakıflar Hukuku ve Mevzuatı, Vakıflar Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara 2008, s.49; ŞENER, Abdülkadir: “Eski Hukukumuzda Göre Evladiye Vakıflarda Gelirin Taksimi”, Vakıf Haftası Dergisi, 12, 1995, s.42; ÖZKAYA, s.163.

⁷ Zürri vakıflar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKGÜNDÜZ, s.201; AKİPEK/ALTAŞ, S.145; ÇINAR, s.831; ULUÇ, s.49; ÖZTÜRK, Nazif: Menşe'i ve Tarihi Gelişimi Açısından Vakıflar, 1. Baskı, Vakıflar Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara 1983, s.84; SÜEREN, Erkin: “Eski Vakıfların Hukuki Yapısının Evrimi”, Ankara Barosu Dergisi, 3, 2002, s.88; EM, Ali: Türk Hukuk Sisteminde Vakıflar, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s.4-5; ÖZKAN, Cemal: Tüm Yönleriyle Dernekler ve Vakıflar, Yaklaşım Yayınları, Ankara 2000, s.24; İŞERİ, Ahmet: “Vakıflar (Medeni Kanun'dan Önceki ve Sonraki Vakıf Nev'ileri ve Hukuki Mahiyetleri), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21(1), 1964, s.207; İKİZLER, Metin/KURBAN, Yasin: Eski ve Yeni Vakıflar Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s.57.

⁸ AKGÜNDÜZ, s.202; ÖZKAYA, s.93, 164; ULUÇ, s.49; ÇINAR, s.831; Zürri vakıfların leyh ve aleyhindeki görüşler için bkz. AKGÜNDÜZ s.201-203.

vakıfların korunması olduğu gibi yenilerinin kurulması da bir zorunluluktur⁹. Zürrî vakıf niteliğindeki bu vakıfların mazbut ya da mülhak vakıf olarak kurulabilmesi mümkündür.

“Mazbut vakıf, tevliyeti vakfiyede belirtilen kişinin uhdesinde bulunmakla beraber idaresi mazbut olan ve Evkaf-ı Hümayun Nezareti tarafından idare olunan vakıflardır”¹⁰. 5737 sayılı Vakıflar Kanunu’nun¹¹ 3. maddesinde mazbut vakıf şu şekilde tanımlanmıştır:

“... Mazbut vakıf: Bu kanun uyarınca Genel Müdürlükçe yönetilecek ve temsil edilecek vakıflar ile mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin yürürlük tarihinden önce kurulmuş ve 2762 sayılı Vakıflar Kanunu gereğince Vakıflar Genel Müdürlüğünce yönetilen vakıfları, ... ifade eder.”

5737 sayılı Vakıflar Kanunu’nda mazbut vakıf tanımı yapılırken 2762 sayılı mülga Vakıflar Kanunu’na¹² atıf yapılmıştır. Yapılan atıf dolayısıyla söz konusu Kanun’a göre de mazbut vakfın tanımına bakmak gerekmektedir. 2762 sayılı mülga Vakıflar Kanunu’nun 1. maddesinin 1. bendine göre:

“4 birinci teşrin 1926 tarihinden önce vücut bulmuş vakıflardan

- A- Bu kanundan önce zapt edilmiş bulunan vakıflar,
 - B- Bu kanundan önce idaresi zapt edilmiş olan vakıflar,
 - C- Mütevellîği bir makama şart edilmiş olan vakıflar,
 - D- Kanunen veya fiilen hayri bir hizmeti kalmamış olan vakıflar,
 - E- Mütevellîği vakfedenlerin ferilerinden başkalarına şart edilmiş vakıflar,
- Vakıflar Umum Müdürlüğünce idare olunur. Bunların hepsine birden (Mazbut vakıflar) denir.”

Kanun’daki düzenleme dikkate alındığında, 2762 sayılı mülga Vakıflar Kanunu’na göre 743 sayılı Medenî Kanun’un yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olan ve yönetimi idare tarafından yürütülen veya yönetimi vakfedenin soyundan gelmeyen kişilere bırakılan vakıflar ile amacı sona eren ya da amacının gerçekleşme ihtimali kalmayan vakıflar mazbut vakıf¹³ olarak nitelendirilmiştir¹⁴.

5737 sayılı Kanun, ilga ettiği 2762 sayılı Kanun uyarınca mazbut vakıf olarak kabul edilen vakıfları aynen korumuştur. Bunun yanı sıra söz konusu Kanun on yıl süreyle yönetici atanamayan veya yönetim organı oluşturulamayan mülhak vakıfların da mahkeme kararıyla genel müdürlükçe yönetileceği ve temsil edileceğine ilişkin düzenleme yapmıştır. Ayrıca aynı hükümde yer alan düzenlemeyle söz konusu Kanun’un yürürlüğe girmesinden önce mazbut vakıflar arasına alınan vakıflarla, bu Kanun’a göre mazbut vakıflar arasına alınan vakıflara bir daha yönetici seçimi ve ataması yapılamayacağı düzenlenmiş, böylece on yıl yönetici atanamayan mülhak vakıflar da mazbut vakıf sayılarak yönetimi tamamen Vakıflar Genel Müdürlüğü’ne bırakılmıştır. (Vakıflar Kanunu m.7)

Mülhak vakıf¹⁵ ise, Evkaf Nezareti tarafından denetimi yapılan ve vakfiyelerinde belirtilen kişiler tarafından bağımsız olarak idare edilen vakıflardır¹⁶.

5737 sayılı Vakıflar Kanunu’nun 3. maddesine göre:

“... Mülhak vakıf: Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin yürürlük tarihinden önce kurulmuş ve yönetimi vakfedenin soyundan gelenlere şart edilmiş vakıfları, ... ifade eder”.

Kanundaki düzenlemeye göre bir vakfın mülhak vakıf olarak kabul edilebilmesi için 743 sayılı Medenî Kanun’un yürürlük tarihinden önce kurulmuş ve yönetimi vakfedenin soyundan gelenlere şart edilmiş olmalıdır. Ancak mülhak vakıflar için önemli olan husus yönetimin mutlaka vakfedenlerin soyundan gelenler tarafından yürütülmesi değil, vakfın vakfiyede belirtilen yönetim şekline göre idare edilmesidir. Zira yönetim organının vakfedenin soyundan gelmesi mülhak vakıflar için zorunlu bir unsur değildir. Bu kapsamda Vakıflar Kanunu’nun söz konusu tanımının hatalı olduğu söylenebilir¹⁷.

⁹ AKGÜNDÜZ, s.202. Zürrî vakıflar için dikkat edilmesi gereken husus, söz konusu vakfın sırf bazı mirasçıları mirastan mahrum bırakmak amacıyla hizmet edip etmediğidir. Zira zürrî vakıf kurmak suretiyle Medenî Kanun’da yer alan mirasa ilişkin kurallar yok sayılmayacağı gibi mirasçıların saklı payları da ihlal edilemez. Aksi hâlde vakıf kurma işlemi mirasçılar tarafından iptal edilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. AKİPEK/ALTAŞ, s.146.

¹⁰ KARİNÂBİZÂDE, Ömer Hilmi/SUNGURBEY, İsmet: Eski Vakıfların Temel Kitabı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1978, s.7; AKGÜNDÜZ, s.286.

¹¹ RG: 27.02.2008; 26800.

¹² RG: 13.06.1935; 3027. Çeşitli tarihlerde önemli değişiklikler yapılan söz konusu Kanun ile eski hukuk döneminde kurulmuş olan vakıflar özel bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022, s.344; ÖZSUNAY, s.357.

¹³ Mazbut vakıf hakkında ayrıntılı bil için bkz. ULUÇ, s.901-902; ÇINAR, s.829-830; ÖZKAYA, s.170 vd; SÜEREN, s.90; KORKUSUZ M. Refik/ ERGÜN, Ömer: “Hukuksal Boyutları İle Eski ve Yeni Vakıflar”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12-13 (16-19), 2007-2008, s.87,88; DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku, Cilt II, 21. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021, s.350-351.

¹⁴ ÖĞÜZ, Tufan: Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları, Beşir Kitabevi, İstanbul 2007, s.8-10; ÖZKAYA, s.170-174; HATEMİ, Hüseyin: Medenî Hukuk Tüzel Kişileri, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1979, s.399.

2762 sayılı mülga Vakıflar Kanunu’nun 6. maddesine göre:

“...Umum Müdürlüğün idare ve temsil ettiği vakıflarda bir kül halinde hükmi şahsiyet sayılır.”

Kanun’da yer alan düzenlemeye göre, her bir mazbut vakfın tüzel kişiliğinin olmadığı vakıfların toplu bir şekilde tüzel kişiliğe sahip olduğu kabul edilmişti. Ancak 5737 sayılı Vakıflar Kanunu’nda vakıfların özel hukuk tüzel kişiliğini haiz olduğuna ilişkin düzenleme yapılarak her bir mazbut vakfın ayrı bir tüzel kişiliğinin var olduğu kabul edilmiştir.

¹⁵ Mülhak vakıf hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÇINAR, S.830; ULUÇ, S.902; SÜEREN, s.90; ÖZKAYA, s.174; KORKUSUZ/ERGÜN, s.88; DURAL/ÖĞÜZ, s.350-351.

¹⁶ BERKİ, Ali Himmet: Vakıflar, Nur Matbaası, Ankara 1950, s.58; KARİNÂBİZÂDE/SUNGURBEY, s.8; ÖZKAYA, s.174. Ayrıntılı bilgi için bkz. HATEMİ, s.172 vd.

¹⁷ ÇINAR, Ömer: “Mazbut ve Mülhak Vakıflarda Galle (Gelir) Üzerindeki Vakıf Evlatlarının ve Diğer İlgililerin Hak Sahipliği ve İntifa Hakkı Hayrından Fazla Olan Mülhak Vakıfların Aile Vakfına Dönüştürülmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz’a Armağan, 22(3), 2016, s.830.

Vakıflar Yönetmeliği 24. maddesine göre:

III. GALLE FAZLASI ALACAĞI

A. Genel Olarak

Kelime anlamı olarak hâsîlat, îrâd, vâridât, kazanç, gelir, menfaat anlamlarına gelen galle fazlası, mazbut ve mülhak vakıflarda vakfın hayrat ve akarlarının onarımı ile vakfiyelerindeki hayrat hizmetlerinin ifasından sonra kalan miktarı ifade etmektedir¹⁸.

743 sayılı Medenî Kanun'un kabulünden sonra gerek 2762 sayılı mülga Vakıflar Kanunu gerekse 5737 sayılı Vakıflar Kanunu ile mazbut ya da mülhak vakıf olarak kurulan zürri vakıfların malvarlığı üzerindeki hak sahipliği belirli koşullara bağlı olarak muhafaza edilmiştir¹⁹.

Galle fazlasının ne surette talep edileceği ve dağıtılacağı Vakıflar Yönetmeliği'nde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemelere göre kişinin galle fazlası alabilmesi için ilk koşul, galle fazlası almaya hak kazandığını gösterir bir mahkeme kararına sahip olmasıdır. Ancak kişinin böyle bir mahkeme kararı alabilmesi için de vakfiyede²⁰ galle fazlası şartının bulunması ve vakfedenin soyundan geldiğinin ispatlanması gerekmektedir.

Kişinin galle fazlası alabilmesinin ikinci koşulu ise, Kanun gereğince birtakım giderler düşüldükten sonra galle fazlası olarak ödenecek miktarın kalmış olmasıdır.

B. Galle Fazlası Alacağının Hukukî Niteliği

Mazbut ve mülhak vakıfların gelirinden yararlanacak kişiler gerek 2762 sayılı mülga Kanun gerek 5737 sayılı Vakıflar Kanunu ve bu Kanun uyarınca çıkarılan Yönetmelik'te intifa hakkı sahibi olarak nitelendirilmiştir. Söz konusu vakıfların gelirinden yararlanacak olan kişiler her ne kadar intifa hakkı sahibi olarak nitelendirilmiş olsa da burada teknik anlamda intifa hakkından bahsetmek mümkün değildir. Hak sahibi, vakfın gelir fazlası üzerinde ancak belirli bir tutarda alacak hakkı kazanmaktadır. Söz konusu hak, sahibine vakfın mallarını bizzat kullanma ve yararlanma yetkisi verebilecek nitelikte olmadığı gibi üçüncü kişilere devredilebilecek nitelikte de değildir²¹.

2762 sayılı mülga Vakıflar Kanunu'nun 39. maddesine göre:

“Bu kanunun birinci maddesinde Umum Müdürlük tarafından idare edileceği gösterilen ve bu kanunun neşri tarihine kadar mazbutiyet altına alınmış olan vakıfların mazbutiyetleri kaldırılmaz. On seneden beri mütevelliliği kimseye tevcih edilmemiş olan vakıflarda artık tevcih yapılmaz. Ancak alacaklıların vakfiyeye göre intifa hakları mahfuzdur.”

Söz konusu düzenleme ile Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce mazbut hâle gelmiş vakıflar ve on yıldan beri yöneticisi bulunmayan vakıflara yönetici tayin edilmeyeceği belirtilerek ilgililerin vakfiyeye göre intifa hakları ise saklı tutulmuştur²².

5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 7. maddesine göre, on yıl süre ile yönetici atanamayan veya yönetim organı oluşturulamayan mülhak vakıflar mahkeme kararıyla genel müdürlük tarafından yönetilir ve temsil edilir. Yine aynı hükümde söz konusu Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce mazbut vakıflar arasına alınan

“Yönetici olarak atanacak kişide aşağıdaki şartlar aranır:

- a) Medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmak,
- b) En az ilköğretim mezunu olmak,
- c) Kanunun 9. Maddesinde belirtilen suçlardan birinden mâhkum olmamak.

¹⁸ Galle hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KARİNÂBİZÂDE/SUNGURBEY, s.2; YENER, M. Serhat: Uygulamada Açıklamalı Örnek Kararlı Eski Vakıf Davalarına Giriş Vakfiyeden Doğan Evladiye, Galle, Tevliyet, Ücret ve Sıla Davaları, Kartal Yayınevi, Ankara 2004, s.39; ŞENER, s.42; EM, s.600.

¹⁹ ÇINAR, 831; ALLAHVERDİ, Reyhan Şahin: “Zürri Vakıfların İdaresinde Yaşanan Sorunlar”, The Journal of Academic Social Science Studies, Number: 43, Spring I 2016, s.321; Hatemi'ye göre, kanun koyucu yanlış bir tutum izlemiştir. Yazara göre, söz konusu vakıflar dürüstlük kuralına uygun olarak tespit edilmiş bir bedel karşılığında tasfiye edilip kamulaştırılmalıydı. Zira mevcut düzenlemeler kamu tüzel kişilik ve makamlarına gereksiz bir iş hacmi yüklemiştir. Bunun sakıncalarını önlemek üzere vakfedenin soyunun elde edeceği gelir sınırlanmak suretiyle üstü kamuya aktarılmaya çalışılmış olsa da tüzük kuralları ile alınan tedbirler yeterli olmamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. HATEMİ, s.434 vd. Ayrıca yazarmın bu görüşünün 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'na eklenen geçici 6. maddede ile getirilen intifa koşulu hayır koşulundan daha fazla olan mülhak vakıfların aile vakfına dönüştürülmesine ilişkin düzenleme ile kanun koyucu tarafından da kabul edildiği söylenebilir.

²⁰ Bir vakfın malvarlığı, yönetimi, amacı, söz konusu vakıftan kimlerin yararlanacağı vakfiyede belirtilir. Vakfiye hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. CİN, Halil: “Osmanlı Devletinde Vakıf Hukuku”, in Erson, Burhan (Yayın Koordinatörü), Cumhuriyetin 80. Yılında Uluslararası Vakıf Sempozyumu (15-17 Aralık 2023), Vakıflar Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara 2004, s.63; ÖZKAYA, s.218; EM, s.8; SÜEREN, s.82; ULUÇ, S.43.

²¹ ÇINAR, s.831-832; HATEMİ, s.430. Yargıtay HGK., 23.05.2001, E.2001/13-396, K.2001/440; “...Yerel Mahkeme ve Özel Daire arasındaki uyumsuzluk, vakıf evlatlarının intifa haklarının hukuksal niteliği ve kapsamı; bu hakkın taşınmazları bizzat ya da başkalarına kiralama yoluyla kullanma olanağı verip vermeyeceği, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün davacılar ile yaptığı kira sözleşmesinin geçerli bulunup bulunmadığı noktalarında toplanmaktadır. Öncelikle belirtilmelidir ki, Yargıtay 1, 6 ve 18. Hukuk Daireleri'nin istikrar kazanmış kararlarında kabul edildiği üzere, vakıf evlatlarının intifa hakları, Medeni Kanun'un 717 ve ardından gelen maddelerinde düzenlenmiş olan “mülkiyetin gayri aynı haklar” anlamındaki intifa hakkıyla tam olarak örtüşen; hukuksal yapısı itibarıyla onunla tamamen aynı nitelikte bir hak değildir. Vakıfnamede sükna hakkından söz edilmediği sürece, vakıf evlatlarının intifa hakları, taşınmazları kullanma hakkını içermez; sadece 2762 Sayılı Vakıflar Kanunu ile Tüzük hükümleri çerçevesinde, vakıf gelirlerinden pay isteyebilme olanağı verir. O hâlde uyumsuzluk, davacıların Vakıflar Genel Müdürlüğü ile akdettikleri kira sözleşmesinin geçerli bulunduğu olgusuna dayalı olarak, bu hukuksal temel üzerinde değerlendirilip, çözümlenmelidir. Bu durumda ise, davacıların geçerli bir sözleşmeyle kiraladıkları dava konusu taşınmazları, davalının engellemesi nedeniyle kullanamamalarından doğan zararların tazminini, ister vakif evladı, ister ondan kiralararak kullanılan durumunda bulunsun, davalıdan isteyebilecekleri kabul edilmelidir. Mahkemenin bu gerekçelere dayalı direnme kararı yerindedir. Ne var ki mahkemeye hüküm altına alınan tazminatın tür ve miktarı ile hesaplama yöntemi yönünden Özel Dairece bir inceleme yapılmadığından, bu yönler incelenmek üzere, dosya özel dairesine gönderilmelidir.”, www.kazanci.com.tr (Erişim: 05.12.2022).

²² 2762 sayılı Vakıflar Kanunu döneminde Vakıflarda İntifa Haklarının Ne Suretle Tesbit ve İta Edileceği Hakkında 17.07.1936 Tarihli Vakıflar Nizamnamesine Ek Nizamname yürürlüğe konulmuş ve intifa hakkının kimlere ve ne surette ödeneceği bu Tüzük ile belirtilmiştir. Söz konusu Tüzük 2009/15228 ve 2009/15229 K. sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlükten kaldırılmıştır.

vakıflar ve bu Kanun ile mazbut vakıflar arasına alınan vakıflara bir daha yönetici seçimi ve ataması yapılması yasaklanmıştır. 2762 sayılı Kanun'da olduğu gibi 5737 sayılı Kanun'da da ilgililerin vakfiye şartlarına göre intifa haklarının saklı olduğu düzenlenmiştir.

C. Galleye Müstehik Vakıf Evladı Olduğunun Tespiti Davası

1. Genel Olarak

Daha önce de ifade edildiği üzere, Vakıflar Yönetmeliği'ne göre kişi, galle fazlası alabilmesi için öncelikle galle fazlası almaya hak kazandığını gösterir mahkeme kararına sahip olmalıdır²³. Kişinin böyle bir mahkeme kararı alabilmesi için vakfiyede galle fazlası şartının bulunması gerektiği gibi, vakfedenin soyundan gelindiğinin de ispatlanması gerekmektedir²⁴. Ayrıca Vakıflar Yönetmeliği'nde bir de vakfiyede batın tertibi ya da bunun gibi herhangi bir şartın mevcut olması durumunda, bu şartın da mahkeme kararı ile ispat edilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

Doktrin ve uygulamada mazbut ve mülhak vakıflarda galle fazlası alacağını elde etmek için açılan davalar, vakıf evlâdiyetinin tespiti ya da galleye müstehik vakıf evladı olduğunun tespiti davası olarak adlandırılmaktadır²⁵.

2. Davanın Tarafları, Konusu ve Niteliği

Vakfın geliri (galle) üzerinde hak sahibi olduğunun tespitine ilişkin dava, vakfeden ile soybağı olan ya da soybağı olmasa dahi galleden kendisine pay özümlenen kişiler, başka bir ifade ile galleden yararlanma hakkı olan kişiler tarafından açılabilir²⁶. İlgili kişi, dava açabilmek için fiil ehliyetine sahip olmalıdır. Sınırlı ehliyetliler için ise yasal temsilcilerinin onayı gerekmektedir.

Mazbut vakıflarda söz konusu davanın davalı tarafı Vakıflar Genel Müdürlüğü'dür²⁷. Mülhak vakıflarda ise kanundan kaynaklanan zorunlu dava arkadaşlığı sonucu vakıf yönetimi ve Vakıflar Genel Müdürlüğü davalı konumundadır²⁸.

Davanın konusu, davacının talebine göre farklılık arz etmektedir. Zira eğer davacı, sadece vakıf evlâdı olduğunun tespitine ilişkin bir talepte bulunmuş ise davanın konusunu davacının vakfedenin evlâdı, akrabası ya da vakfiyede belirtilen ilgililerden olup olmadığının tespiti oluşturur. Ancak vakıf senedinde galle fazlasının dağıtılmasının öngörülmesi durumunda, davacının vakıf evlâdı ya da ilgilisi olduğunun tespiti ile birlikte galleye müstehik olduğunun tespitini de istemesi mümkündür. Bu durumda davanın konusu davacının vakıf evlâdı ya da ilgilisi ve galleye müstehik olup olmadığının tespiti oluşturur. Davacı, yalnızca galle üzerinde hak sahipliğinin tespiti talebinde bulunmuş ise, söz konusu tespit talebinin vakıf evlâdı olduğunun tespiti talebini de içerdiği kabul edilmelidir. Bu durumda davacının galle üzerindeki hak sahipliğine ilişkin talebi vakfiyedeki koşullar oluşmadığından dolayı reddedilse dahi mahkemece vakıf evlâdı olduğunun tespitine karar verilebilir²⁹.

Vakıflar Yönetmeliği 53. maddesi:

“Vakıf evlatları veya ilgilileri dilekçe ile vakfiye şartı gereği vakıf evladı veya ilgilisi olduğunu ve galle fazlası almaya hak kazandığını gösteren mahkeme kararıyla;... Başvuru yaparlar.”

Söz konusu düzenlemeye göre galleden yararlanmak isteyen kişinin yalnızca vakıf evlâdı ya da ilgilisi

²³ Galleye müstehik vakıf evladı olduğunun tespiti davasında görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir. Mülhak vakıflarda yetkili mahkeme vakfın bulunduğu yer mahkemesidir. Mazbut vakıflarda yetkili mahkeme ise vakıf, Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından yönetildiğinden, Ankara mahkemeleridir. Ancak mazbut vakfın bulunduğu yerin bağlı olduğu Vakıflar Bölge Müdürlüğü'ne de Vakıflar Genel Müdürlüğü adına husumet yönelmek mümkün olduğundan, mazbut vakıflar açısından ilgili bölge müdürlüğünün bulunduğu yerde de dava açılabilirliğini kabul etmek gerekir. Ayrıntılı bilgi için bkz. YENER, M. Serhat/ USLU, Kazım: Mazbut ve Mülhak Vakıflarda Vakfiyeden Doğan Haklara İlişkin Davalar, I. Baskı, Statü Yayıncılık, Ankara 2013, s.53-57; USLU, s.35; EM, s.516,523.

²⁴ Vakıflar Yönetmeliği'nin 53. maddesinde vakıf evladı ya da ilgilisi olduğunu kesinleşmiş mahkeme kararı ile ispat edenlerin, vakfiye şartı gereği galle fazlası almaya hak kazanan çocuklarından ayrıca mahkeme kararı istenmeyeceği, vukuatlı nüfus kaydı esas alınarak işlem yapılacağı düzenlenmiştir. Ancak söz konusu hüküm Vakıflar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (RG: 19/01/2013, 28533) m. 4 ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu düzenleme kapsamında kişinin üstsoyunun vakıf evladı olduğuna dair mahkeme kararının bulunması doğrudan galle fazlası almaya hak kazanması için yeterli değildir. Bu durumda olan bir kişinin dahi yeniden mahkemeye başvurarak vakıf evladı olduğunu ispatlaması gerekmektedir.

²⁵ Bu dava için “evlâdiye davası” ifadesi de kullanılmaktadır. Bkz. ALLAHVERDİ, s.321; AKİPEK, ALTAŞ, s.149-150; ULUÇ, s.56.

²⁶ ÇINAR, s.835; AKİPEK/ ALTAŞ, s.149. Vakfın geliri üzerinde hak sahibi olduğunu tespit ettirmek amacıyla açılan davada ilk derece mahkemesi kararını verdikten ancak henüz hüküm kesinleşmeden önce davacının ölmesi durumunda, söz konusu hak ilk derece mahkemesinin kararı ile kazanıldığından kararın kesinleşmesi sürecinde mirasçılar davaya devam ederek, ilk derece mahkemesinin karar tarihi itibarıyla hesaplanacak olan galle terekeye dahil olmasını sağlayabilirler. Ancak henüz ilk derece mahkemesi karar vermeden önce yargılama devam ederken davacının ölmesi durumunda mirasçıların davaya devam edip edemeyeceği konusunda doktrinle farklı görüşler vardır. Dava açılması ile henüz bir hak sahipliği söz konusu olmayacağından mirasçıların davaya devam edemeyeceği kanaatinde olan yazarlar olduğu gibi, davacının dava sırasında ölmesi hâlinde davadaki talep tarihi itibarıyla sınırlı olmak üzere ödenecek galle fazlasının terekeye dahil olacağını kabul eden yazarlar da vardır. Bkz. ÇINAR, s.832.

²⁷ Zira mazbut vakıflar Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından yönetilip temsil edilir (5737 sayılı Vakıflar Kanunu m.6). Mazbut vakıflar, mülhak vakıfların aksine (Mülhak vakıfların hepsinin bağımsız tüzel kişilikleri tanınmıştır.) Vakıflar Genel Müdürlüğü tüzel kişiliği altında toplanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ULUÇ, s.901,902; ÖZKAYA, s.171; İŞERİ, s.250; ÖZTÜRK, s.117,118.

²⁸ ÇINAR, s.835-836. Vakıflar Kanunu m.76: “Mülhak vakıflarda vakıf yönetimine, mülkiyet ve intifa hakkı iddiasına ait davalarda vakıf yönetimi ile Genel Müdürlük birlikte hasım gösterilir.”

Galleye müstehik vakıf evladı olduğunun tespiti davasında taraflar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÇINAR, s.835-836; EM, s.527; USLU, Kazım: Kısa Açıklama ve Özet Yargı Kararları İle Birlikte Eski ve Yeni Vakıflar Mevzuatı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s.35.

²⁹ ÇINAR, s.836.

olduğunun tespiti yeterli olmayıp aynı zamanda galle fazlası almaya hak kazandığının da mahkeme kararı ile belirlenmesi gereklidir. Dolayısıyla davacının yalnızca vakıf evlâdı olduğunun tespiti amacıyla açtığı dava sonucunda elde edilecek hüküm davacıya manevî tatmin ya da galle dışında vakfiyede belirtilen diğer hakları elde etme imkânı sağlar. Ancak davacının söz konusu karar ile vakfın geliri üzerinde hak sahipliği talep edebilmesi mümkün olmaz³⁰.

Galleye müstehik vakıf evlâdı olduğunun ya da yalnızca vakıf evlâdı olduğunun tespiti için açılacak dava bir tespit davası niteliğindedir³¹. Söz konusu davada mahkeme tarafından davacının vakfedenin evlâdı, akrabası ya da vakfiyede belirtilen ilgili kişilerden olup olmadığı tespit edilecektir. Bunun yanı sıra davacı tarafından galleye müstehik olduğunun da tespiti isteniyorsa, vakıf senedine göre galle fazlasının dağıtılmasının gerekip gerekmediğinin ve yine dağıtılması gerekiyorsa davacının galleden pay sahibi alabileceği nitelikte kişilerden olup olmadığına da tespit edilmesi gerekir³².

3. Delillerin Değerlendirilmesi ve Vakfiyenin Yorumlanması

Vakıf evlâdı ya da galle üzerinde hak sahibi olduğunun tespiti davasında vakfiyenin, vakfedenle davacının ilişkisini gösteren nüfus kayıtları ve veraset ilamının incelenerek değerlendirilmesi bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira söz konusu davalarda davacının vakfedenle soybağı ilişkisinin ve vakfiyenin içeriğinin belirlenmesi büyük önem taşımaktadır³³.

Vakıf evlâdı ya da galle üzerinde hak sahibi olduğunun tespiti davalarında yalnızca davalı ile vakfeden arasında kan bağı bulunması yeterli değildir. Bunun yanı sıra vakfiyede belirtilen diğer koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğinin de tespit edilmesi gerekmektedir³⁴.

Davacının hisimlerinin galleden pay almış olması onun da vakfiyeye göre hak sahibi olduğunun kabulü sonucunu doğurmaz. Davacının vakfiyeye göre kendisinin de hak sahibi olduğunu ispat etmesi gerektiğinden aynı derecede olan vakıf evlatlarından hepsinin ayrı ayrı tespit davası açması gerekir.

Zürrî vakıf kurmak suretiyle soyundan gelenleri vakfın gelirinden yararlandırmayı şart koşan vâkıf, vakıf senedinde vakıftan yararlanacak kişiler ile bu kişilerin vakıf gelirleri ve mallarından ne şekilde yararlanacaklarını ayrıntılı biçimde düzenler³⁵. Galle üzerinde ne surette tasarrufta bulunulacağını ve galleden kimlere ne oranda pay verileceğinin belirlenebilmesi için vâkıfın yapmış olduğu bu düzenlemeler kapsamında vakfiyede kullanılan bazı kavram ve koşulların yorumlanması gerekir. Bu kapsamda vakfiyelerde kullanılan bazı kavram ve ifadelerin anlamlarını incelemekte fayda vardır³⁶.

“Veled” çocuk anlamına gelmektedir. Vâkıf, veled kelimesini bir kez kullanmış ise galle fazlasının çocuklarına, onların ölümü ile de fakirlere kalmasını arzu ettiği kabul edilir. Buna göre, galle fazlası birinci batındaki kız ve erkek çocuklarına, çocuğu bir tane ise tamamı ona kalacaktır. Ölen çocuğuna isabet eden galle fazlası diğer çocuklara geçmeyecektir. Ayrıca galle fazlasının torunlara yani ikinci batındaki mirasçılara geçmesi de söz konusu olmayacaktır. Galle fazlası çocukların ölümü hâlinde ise fakirlere kalacaktır.

Vakfetme sırasında erkek ve kız çocuğu olmayan vâkıf, vakfiye’de “veledime kalsın” koşulunu getirmiş ise galle fazlasının erkek ve kız ayrımı yapılmaksızın eşit olarak torunlarına kalacağı kabul edilir. Ancak daha sonra vâkıfın çocuğu dünyaya gelirse o andan itibaren torunlar galle fazlasından yararlanamayacak ve galle fazlasının tamamı çocuğa ait olacaktır. Vâkıf, veled kelimesini iki kez kullanmış ise, birinci ve ikinci batında olan erkek ve kız çocukları ile erkek ve kız torunları galle fazlasından yararlanacak ancak daha sonraki batında yer alanlar yararlanamayacak ve galle fazlası fakirlere kalacaktır. Veled kelimesinin üç kez kullanılması durumunda ise bütün batınlar galle fazlasından yararlanacaktır.

³⁰ ÇINAR, s.836.

³¹ Bir hukuki ilişkinin varlığının veya yokluğunun belirlenmesine ilişkin davalar tespit davası olarak adlandırılır. Ayrıntılı bilgi için bkz. KURU, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016, s.204; PEKCANİTEZ, Hakan: Medeni Usul Hukuku Cilt II, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s.972.

³² ÇINAR, s.836.

³³ Kişinin galle fazlası almaya hak kazanması için gereken şartlar kural olarak vakfiyenin içeriğinden anlaşılır. Bu kapsamda vakfiyede yer alan ifadelerin ne anlama geldiğinin tam ve doğru bir şekilde tespit edilmesi büyük önem arz etmektedir. ÇINAR, s.837 ; ÖZKAYA, s.164. Belirtmek gerekir ki, vakfiyede yer alan ifadeler, birer karine niteliğindedir. Dolayısıyla mutlak hüküm olarak görülebilmeleri mümkün değildir. Vâkıfın gerçek iradesine ulaşma amacı kapsamında vakfiye bütüncül olarak yorumlanmalı ve teamül de göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin; vakfiye ile defterhane kaydı arasında çelişki olması durumunda teamüle göre hareket edileceği kabul edilir. BERKİ, s.46.

Vakfiyede yer alan ifadelerin mutlak hüküm olarak görülmesinin mümkün olmadığına örnek olarak Anayasa Mahkemesinin 2018/14186 başvuru numaralı (Ayşe Tezel ve Diğerleri) bireysel başvuruda vermiş olduğu karar gösterilebilir. Bireysel başvurunun konusu mazbut vakfın galle fazlasından vakfedenin kadın alt soylarının yararlanamaması nedeniyle mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir. Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında Anayasanın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak Anayasanın 10. maddesinde güvence altına alınan ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine, vakfedenin iradesinin değil Anayasanın eşitlik hükümlerinin önceleneceği gerekçesiyle, oy çokluğu ile karar vermiştir. (Anayasa Mahkemesi, 20.10.2022, RG: 28/12/2022; 32057: ... Başvuru, Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir).

³⁴ Kişinin vakfiyede yer alan şartları taşımaması durumunda galle alacağına ilişkin talebi reddedilir. Yargıtay 18. HD, 10.06.2010, E.2010/5391, K.2010/8762, Yargıtay 18. HD, 11.03.2010, E.2010/2066, K.2010/3652, www.kazanci.com.tr (Erişim: 11.12.2022).

³⁵ AKİPEK/ALTAŞ, s.148.

³⁶ Ayrıntılı bilgi için Bkz. BERKİ, Ali Himmet: Vakıflar, Cihan Kitaphanesi, İstanbul 1940, s.85 vd.; ÖZKAYA, s.164-167; ÇINAR, s.840,841; YENER, s.41; KARİNÂBİZÂDE/SUNGURBEY, s.53 vd.; AKİPEK/ALTAŞ; s.148-149; ULUÇ, s.50 vd.; İŞERİ, s.207-208.

Vâkif, evlat kelimesini bir kez kullanmış ise, galle fazlası sadece erkek ve kız çocuklarına, onların ölümü hâlinde ise fakirlere kalacaktır. Evlat kelimesinin iki kez kullanılması durumunda ise bütün batınlar galle fazlasından faydalanacaktır.

Vakfiyede sıralamaya ilişkin bir koşul bulunuyor ise buna riayet edilmesi gerekmektedir. Örneğin vâkif, “batnen ba’de batın” şeklinde bir koşul öngörmüş ise söz konusu koşul, bir önceki batında bir evlat var ise bir sonraki batındaki evlatlar galle fazlasından pay alamazlar anlamına geldiğinden buna göre dağıtım yapılacaktır³⁷. Vâkif, galle fazlasından yararlanacak kişileri ismen zikretmiş ise bunlar dışındaki kişiler galle fazlasından yararlanamayacağı gibi bunların ölümü hâlinde galle fazlası fakirlere kalacaktır. Bunun gibi vâkif, galle fazlasından yararlanacak kişilere ilişkin belirli koşullar öngörmüş ise ancak bu koşulları sağlayanlar yararlanabilecektir. Velet ve evlat kelimeleri vakfın yapıldığı sırada mevcut ve sonrasında doğmuş olanları kapsamaktadır, öncesinde ölmüş olanlar bu kapsama dahil değildir³⁸.

Vâkif, galle fazlasından yararlanacak kişilerin söz konusu alacaktan ne şekilde ve hangi oranda yararlanacağına ilişkin de düzenleme yapabilir. Ancak böyle bir düzenleme yapılmamış ise galle fazlası üzerinde hak sahibi olan kişilerin eşit paya sahip olduğu kabul edilir³⁹.

4. Mahkeme Tarafından Verilen Hükümün Niteliği ve Etkisi

Vakif evladı ya da galle fazlası üzerinde hak sahibi olduğunun tespiti davasında verilen hüküm bir tespit hükmü niteliğindedir⁴⁰. Mahkemece verilen hüküm kesinleştikten sonra Vakıflar Genel Müdürlüğü’ne başvurularak diğer koşulların da yerine getirilmesi hâlinde genel müdürlük tarafından belirlenen tutarın davacıya ödenecek olması bir tespit hükmü niteliğinde olan kararın eda hükmü ile aynı sonucu doğurmasına yol açmaktadır⁴¹.

Her ilgilinin ayrı bir dava açması ve hak sahipliğini tespit ettirmesi gerektiğinden vakif evladı ya da galle üzerinde hak sahibi olduğunun tespiti davasının reddi ya da kabulü aynı koşulları sağlayan üçüncü kişiler açısından bir etki doğurmaz⁴².

D. Başvuru Yapılması, Galle Fazlasının Hesaplanması ve Hak Sahibine Ödenmesi

Vakif evladı veya ilgilisi olduğunu ve galle fazlası almaya hak kazandığını mahkeme kararıyla tespit ettiren vakif evlatları veya ilgilileri mülhak vakıflarda vakif yöneticisine; vakfiyesinde galle fazlası ödenmesine ilişkin şart bulunan mazbut vakıflarda ilgili bölge müdürlüğüne, genel müdürlükçe temsilen yönetilen mülhak vakıflarda ise bölge müdürlüğüne başvuru yapar.

Vakıflar Yönetmeliği’ne göre galle fazlası almaya hak kazanan vakif evladı veya ilgisine ödenecek galle fazlası miktarı o yıla ait tüm gelirden %15 ihtiyat akçesi, hayır şartı giderleri, yönetim ve temsil payı, tevliyet ücreti ve vakif için yapılan giderler düşülerek belirlenir. Bunun yanı sıra vakfın onarıma ihtiyacı olan taşınmazı varsa, o yıl için gerçekleşen gayri safi gelirinden yönetim ve temsil payı veya tevliyet ücreti ile kanuni giderler ayrıldıktan sonra kalan miktar onarıma ayrılır (Vakıflar Yönetmeliği m.54).

Vakıflar Yönetmeliği’nin 55. maddesine göre:

“Vakif evladı veya ilgililerinin galle fazlasını almaya hak kazandıkları tarih ilk derece mahkemesi karar tarihi olup, galle fazlasına ilişkin ödeme mahkeme kararının kesinleşmesinden sonra yapılır. Galle fazlası, mazbut vakıflarda genel müdürlük onayından, mülhak vakıflarda ise kesin hesabın tasdikinden sonra 15 gün içerisinde yıllık olarak ödenir.

İntifa hakkı ödemeleri yapıldıktan sonra ilk defa başvuranlara o yıl ödeme yapılmaz. Ancak hak kazandığı yılın veya yılların evlat hissesi, mahkeme kararının kesinleşmesini müteakip ödenir.”

Vakıflar Yönetmeliğinin 56/1. maddesine göre:

“Galle fazlasına ilişkin ilk derece mahkemesi kararının ilgili bölge müdürlüğüne ya da mülhak vakif yöneticiliğine tebliğ edilmesi durumunda galle fazlası ilgililere ödeninceye kadar karar tarihinden itibaren emanet hesaplarda izlenir. Vakfın yıllık gayri safi gelirinden kesilen ihtiyat akçesi ise vakfa ait ayrı bir hesapta izlenir”.

³⁷ Yargıtay 8. HD, 05.07.2018, E.2017/7617, K.2018/14992 “...Dava dilekçesinde, davacı...’nmülhak...Vakfi’nin tevliyete ehil ve galle fazlasına müstehak vakif evladı olduğunun tespiti istenmiş; mahkemece, davanın kabulüne dair verilen karar davalı Vakıflar Genel Müdürlüğü vekili tarafından temyiz edilmiştir...Bir vakıftan galle fazlasının alınabilmesi için öncelikle vakfeden ile soybağının ispatlanması, sonra da vakfiyede öngörülen şartların gerçekleşmesi gerekir.

Dava konusu vakfa ait...1152 H (25 Ağustos 1739 M.) tarihli vakfiyede, “...mesarif-ı muayyeneden fazlasına ve evlad ve evladımın batenba’debatnin ve fer’angıbbe aslin ile’linkiraz...seviyyeiktisam eyleyeler...” şeklinde düzenlenerek galle fazlası, kız erkek ayrımı yapılmadan batın şartı (ön kuşakta sağ vakif evladı varsa sonraki kuşakta bulunan evladın hak sahibi olmaması kuralı) ile evlada bırakıldığı buna göre davacı...’nın annesi vakif evladı İfakat Ayfer’in yaşadığı ve ön batında yer aldığı dikkate alınarak, davacının galle fazlasına müstehak vakif evladı olduğu isteminin reddi yerine yazılı olduğu üzere kabulüne karar verilmesi doğru görülmüştür...” www.kazanci.com.tr. (Erişim: 07.12.2022).

Yargıtay 6. HD., 04.11.1975, E.1975/6309, K.1975/6738, www.kazanci.com.tr (Erişim: 07.12.2022). Ayrıca bkz. DALAMANLI, Lütfü: Eski-Yeni Vakıf Davaları, Seçkin Kitabevi, Ankara 1986, s.189.

³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. AKGÜNDÜZ, s.204; HATEMİ, s.418; ÖZKAYA, s.164; ŞENER, s.42.

³⁹ AKİPEK/ALTAŞ, s.148.

⁴⁰ ÇINAR, S.836,841; AKİPEK/ALTAŞ, s.149-150; YENER, s.34; EM, s.646; Tespit davası sonucunda mahkemece verilen hükmün niteliği ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. PEKCANİTEZ, s.983; KURU, s.208.

⁴¹ ÇINAR, s.842.

⁴² ÇINAR, s.842. Aksi görüş için bkz. AKİPEK/ALTAŞ, s.150.

Zira vakif evladı ya da ilgilisi olduğunu kesinleşmiş mahkeme kararı ile ispat edenlerin vakfiye şartı gereği galle fazlası almaya hak kazanan çocuklarından dahi ayrıca mahkeme kararı isteniyor olması da bu durumun evleviyetle kabul edilmesi sonucunu doğurmaktadır.

E. Galle Alacağıın Talep Edilememesi

6111 sayılı Kanun⁴³'ün 208. maddesi ile 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 7. maddesine intifa haklarına ilişkin talepler hususunda süreye ilişkin bir hüküm eklenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre:

“İntifa haklarına ilişkin talepler galle fazlası almaya hak kazanıldığını gösteren mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren beş yıl geçmekle düşer.”

Yine 6111 sayılı Kanun'un 209. maddesi ile Vakıflar Kanunu'na geçici 10. madde eklenmiştir. Buna göre:

“Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla bu Kanunun 7 nci maddesine eklenen hükümler, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce açılmış ve halen devam eden intifa haklarının ödenmesi, malvarlığı ve gelirlerinin tespitine ilişkin davalarda da uygulanır.”⁴⁴

Vakıflar Yönetmeliği'nin 56. maddesine göre:

“Galle fazlasına ilişkin ilk derece mahkemesi kararının ilgili bölge müdürlüğüne ya da mülhak vakıf yöneticiliğine tebliğ edilmesi halinde, galle fazlası karar tarihinden itibaren ilgililerine ödeninceye kadar emanet hesaplarda izlenir.”

Vakıflar Yönetmeliği'nde emanet hesabına alınan galle fazlasının hangi süre içerisinde talep edilebileceğine ilişkin olarak da bir düzenleme yapılmıştır. Vakıflar Yönetmeliği'nin 57. maddesine göre: “Emanet hesabına alınan galle fazlaları, alacağın doğduğu tarihten itibaren beş yıl içinde talep edilmemesi halinde vakfının hesabına gelir kaydedilir.”

Kanun'da intifa hakkına ilişkin talepler hususunda düzenlenmiş olan sürenin hak düşürücü süre mi yoksa zamanaşımı süresi mi olduğu konusunda bir netlik söz konusu değildir⁴⁵. Hükümde galle fazlası almaya hak kazanıldığını gösteren mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren intifa hakkına ilişkin taleplerin beş yıllık süre geçtikten sonra düşeceği başka bir ifade ile süre geçtikten sonra artık vakıftan galle alacağı talep edilemeyeceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla söz konusu süre, geçtikten sonra vakfın galle üzerindeki hak sahipliğini sona erdirdiğinden hak düşürücü süre olarak nitelendirilebilir⁴⁶. Hak düşürücü süre olarak söz konusu beş yıllık sürenin durması ya da kesilmesi mümkün değildir⁴⁷.

Kanun'da beş yıllık sürenin mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağı kabul edilmiştir. Yönetmelik'te ise mahkeme kararının ilgili bölge müdürlüğü ya da vakıf yöneticiliğine tebliğ edildiği tarihten itibaren emanet hesabına alınacağı ve emanet hesabına alınan galle fazlasının alacağın doğduğu tarihten itibaren beş yıl içerisinde talep edilmemesi durumunda söz konusu hakkın düşeceği düzenlenmiştir. Yönetmelik'te yer alan hükmün lafzından hareket edildiğinde beş yıllık sürenin başlangıcı olarak kararın tebliğ tarihi başka bir ifade ile kesinleşmesinden önceki bir tarih kabul edildiği dolayısıyla bu hususta Kanun ile çeliştiği sonucuna varılmaktadır. Ancak yönetmelikler kanunlara aykırı olamayacağından Kanun hükmü öncelikli olarak uygulanmalı ve beş yıllık sürenin başlangıcı olarak hükmün kesinleştiği tarih esas alınmalıdır⁴⁸.

Mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren beş yıl içerisinde ilgili bölge müdürlüğü ya da vakıf yönetimine ilgili kişi tarafından başvuru yapılmaması durumunda söz konusu galle fazlası üzerindeki hak sahipliği hakkının düşeceği muhakkaktır⁴⁹. Ancak ilgili, mahkeme kararı ile birlikte beş yıllık süre içerisinde

⁴³ Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, RG: 25.02.2011; 27857.

⁴⁴ Söz konusu düzenleme ile beş yıllık hak düşürücü sürenin geçici 10. Madde hükmünün yürürlük tarihinden (25.02.2011) önce açılmış olan davalarda da uygulanacağı kabul edilmiştir. Bunun üzerine 6111 sayılı Kanun'un 208 ve 209. maddelerinin Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline yönelik dava açılmıştır. (Anayasa Mahkemesi, 09.05.2013, E.2011/42, K.2013/60 RG: 25.07.2014, 29071) Anayasa Mahkemesi söz konusu sürenin vakıfların amaç ve faaliyetlerini gerçekleştirebilmesinin önünü açmak ve uzun yıllar dava tehdidi altında kalınmasını önlemek amacıyla öngörüldüğünü belirterek, kanun koyucunun hak kazanılmış olan galle fazlasının talebi için bir süre sınırı öngörmesinde kamu yararı olduğunu dile getirmiştir. Ve bu kapsamda 6111 sayılı Kanun'un m. 208 hükmü ile 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 7. maddesine eklenen dördüncü fıkra hükmünün iptali isteminin reddine karar vermiştir. Yine aynı davada Geçici 10. maddenin iptaline yönelik talep de beş yıllık hak düşürücü sürenin geçici 10. maddenin yürürlüğü tarihinden önce açılmış ve devam eden davalarda uygulanmasında da kamu yararı olduğu ve söz konusu hükmün kanunların geriye yürümezliği ilkesi ile bağdaşmaması gibi bir durumunun bulunmaması gerekçeleriyle reddedilmiştir. Zira Anayasa Mahkemesine göre Geçici 10. madde henüz kesinleşmemiş uyuşmazlıklar üzerinde etki doğurduğundan kazanılmış bir haktan söz edilemeyecektir. Bu kapsamda söz konusu hükmün yürürlük tarihinden önce kesinleşmiş mahkeme kararlarına dayalı galle fazlası alacağı talebi hakkında beş yıllık hak düşürücü sürenin uygulanması söz konusu değildir. (“...Maddenin yürürlüğe girmesinden önce açılmış davalarda da uygulanacağı belirtilen düzenlemelerin, Kanun'un yürürlüğünden önce, vakıf evladı veya ilgilisi olan kişilerin auctıkları davalardaki ihtilaf konusuyla ilgili tamamlanmış ve hukuksal sonuçlar doğurmuş kararlara bir etkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle kuralın söz konusu düzenlemelerin geriye yürütülmesi ve kazanılmış hakların ihlal edilmesi sonucunu doğurduğu da söylenemez.”).

⁴⁵ Zamanaşımı gerçek anlamda borcu sona erdiren bir sebep niteliğinde değildir. Zamanaşımı alacak hakkını zayıflatan bir etkiye sahip olduğundan alacağın varlığını değil, dava edilebilirliğini ortadan kaldırmaktadır. Hak düşürücü süre ise, hakkı ortadan kaldırıcı etkiye sahiptir. Hak düşürücü süre sonuçlarını kendiliğinden meydana getirmektedir. Zamanaşımı sadece alacak haklarında söz konusu olurken hak düşürücü süre borç ilişkileriyle benzeri ilişkilerde, yenilik doğuran haklarda etkili olmaktadır. Kanunda düzenlenmiş bir sürenin niteliğini belirleme sorunu ile karşı karşıya kalınca süre koyan hükmün amacı ve kurumun niteliği göz önünde bulundurulmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 27. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2022, s.1281-1283; OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022, s.579-581.

⁴⁶ ÇINAR, s.845; Yargıtay HGK, 12.11.2014, E.2013/1095, K.2014/897, www.kazanci.com.tr (Erişim: 13.12.2022); Anayasa Mahkemesi, 06.07.2017, E.2011/42, K.2013/60, (RG: 25.07.2014, 29071).

⁴⁷ EREN, s.1283; OĞUZMAN/ÖZ, s.581.

⁴⁸ ÇINAR, s.845.

⁴⁹ Anayasa Mahkemesi, 06.07.2017, 2014/5871 sayılı Emine Görgülü Başvurusu (RG: 08.09.2017; 30174): “...Kanunda öngörülen 5 yıllık süre hak düşürücü süre olduğundan, galle almaya müstehak vakıf evlatlığının tespitine ilişkin kararın kesinleşmesinden itibaren şayet 5 yıllık süre içerisinde İdareye hiçbir başvuru yapılmamışsa talep hakkı düşecektir.”

başvuru yapmış olmasına rağmen emanet hesaba alınan galle alacağını beş yıllık süre içerisinde talep etmemiş ise bu durumda nasıl bir sonuç ortaya çıkacağını incelenmesi gerekmektedir. Bu durumda hak sahibi tarafından talep edilmemiş olan beş yıllık alacak vakfın hesabına gelir olarak kaydedilecek ve artık hak sahibi, üzerinden beş yıl geçmiş olan alacakları talep edemeyecektir. Ancak üzerinden beş yıl geçmemiş galle alacakları hak sahibi tarafından talep edilebilecektir. Zira vakfedenin amacı ilgililerin galle üzerinde süresiz olarak hak sahibi olmasını sağlamaktır. Bu kapsamda mahkeme kararı ile birlikte beş yıl içerisinde başvurusunu yapmış ancak emanet hesaba alınan galle alacağını beş yıllık süre içerisinde talep etmemiş olan ilgilinin hakkının düştüğünü iddia etmek vakfedenin iradesine dolayısıyla da vakfın amacına aykırılık teşkil edecektir⁵⁰.

IV. SONUÇ

İnsan fitratında bulunan yardımseverlik, dayanışma ve fedakârlık gibi duygulardan beslenen vakıf, çok eski tarihlerden beri Türk toplumunda var olan bir kurumdur. Tarihin her döneminde özellikle İslâm devletleri ve Osmanlı Devleti'nde vakıflar toplum hayatında önemli bir yer edinmiştir. 743 sayılı Medenî Kanun'un kabulünden önce kişilerin vakıf kurmak suretiyle kendi soyundan gelen ya da üçüncü kişileri vakfın malvarlığı ya da geliri üzerinde hak sahibi kılabilmeleri mümkündür. Vakfedenin bu şekilde hak sahipliği yarattığı vakıflar zürri vakıf olarak adlandırılmakta ve bu vakıflar mazbut ya da mülhak vakıf olarak kurulabilmektedir.

2762 sayılı mülga Vakıflar Kanunu'na göre mazbut vakıf 743 sayılı Medenî Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olan ve yönetimi idare tarafından yürütülen veya yönetimi vakfedenin soyundan gelmeyen kişilere bırakılan vakıflar ile amacı sona eren ya da amacının gerçekleşme ihtimali kalmayan vakıflar olarak tanımlanmıştır.

5737 sayılı Kanun, ilga ettiği 2762 sayılı Kanun uyarınca mazbut vakıf olarak kabul edilen vakıfları aynen koruyarak on yıl süreyle yönetici atanamayan veya yönetim organı oluşturulamayan mülhak vakıfların da mahkeme kararıyla genel müdürlükçe yönetileceği ve temsil edileceğine ilişkin düzenleme yapmıştır. Bunun yanı sıra yine 5737 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce mazbut vakıflar arasına alınan vakıflarla, bu Kanun'a göre mazbut vakıflar arasına alınan bir daha yönetici seçimi ve ataması yapılamayacağı düzenlenerek on yıl yönetici atanamayan mülhak vakıflar da mazbut vakıf sayılarak yönetimi tamamen Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne bırakılmıştır.

Mülhak vakıf ise, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'na göre 743 sayılı Medenî Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş ve yönetimi vakfedenin soyundan gelenlere şart edilmiş vakıflardır. Kanuni tanımda her ne kadar yönetimin vakfedenin soyundan gelenlere şart edilmesi ifadesi kullanılmış olsa da mülhak vakıflar için önemli husus yönetimin vakfedenin soyundan gelenler tarafından yürütülmesi değil idarenin vakfiyede belirtilen yönetim şekline göre yürütülmesidir.

743 sayılı Medenî Kanun'un kabulünden sonra 2762 sayılı Vakıflar Kanunu ile mazbut ya da mülhak vakıf olarak kabul edilen zürri vakıfların malvarlığı üzerindeki hak sahipliği belirli koşullara bağlı olarak korunmuştur. Mazbut ve mülhak vakıfların gelirinden yararlanacak kişiler gerek 2762 sayılı mülga Kanun

⁵⁰ ÇINAR, s.846. Yargıtay HGK, 12.11.2014, E.2013/18-1095, K.2014/897; "...Davacılar vekili 14.08.2009 tarihli dava dilekçesinde; dava konusu M... İvaz Paşa Vakfı'nın kesinleşmiş mahkeme kararı ile galle fazlasını almaya hak kazanmış evlatları olduklarını, ancak davalı Vakıflar Genel Müdürlüğüne bu gallelerin eksik ödendiğini ileri sürerek 1995-2009 yılları için eksik ödenen gallelerin fazlasına ilişkin hakları saklı tutularak şimdilik 3.000.000 TL nin yasal faiz ve masraflarla birlikte davalıdan tahsilini istemiş, mahkemece yapılan yargılama sonucunda davanın reddine karar verilmiştir.

Dosya içindeki bilgi ve belgelerin incelenmesinden; davacılar E. İ. İ. ve A. I. P'un Bursa 3. Asliye Hukuk Mahkemesinin 01.11.1994 gün ve 1994/509 E.-786 K. sayılı ilamı dava konusu M... İvaz Paşa Vakfı'nın galle fazlasına müstehak vakıf evladı olduklarına karar verildiği ve söz konusu kararın kesinleştiği, bu karar uyarınca davacılar Vakıflar Genel Müdürlüğüne 1995 yılından dava tarihine kadar değişik miktarlarda hesaplanan galle ödendiği anlaşılmaktadır...Mahkemece, tarafların göstereceği tüm kanıtlar toplandıktan sonra konusunda uzman bir bilirkişi heyetine inceleme yaptırılarak oluşacak sonuç doğrultusunda bir karar verilmesi gerekirken, davanın niteliği yanlış değerlendirilerek somut uyuşmazlıkta uygulama imkânı bulunmayan 6111 sayılı Kanunun 208. Ve 209. Maddeleri doğrultusunda değişiklik yapılan 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 7. maddesi gereğince davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir... Yukarıda da açıklandığı gibi davacıların taleplerinin galle almaya hak kazandıkları mahkeme kararının kesinleştiği 18.04.1995 tarihinden sonraki 1995-2009 yıllarında eksik ödenen galle ile ilgili olduğu, kararın kesinleşme tarihinden önceki dönemleri kapsamadığı anlaşıldığından; 6111 sayılı Kanunun 208. maddesi ile 5737 sayılı Kanunun 7. maddesine eklenen iki fıkranın da somut olayda uygulama imkânı bulunmamaktadır. Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir...

Gereğiyle bozulurken dosya yerine geri çevrilmeye yeniden yapılan yargılama sonucunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

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

KARAR: ...Davacılar, eldeki davada intifa haklarından olan eksik ödenen galle fazlasını dava konusu ettiklerine göre, 6111 sayılı Kanun ile 5737 sayılı Kanun'un 7. maddesine ek fıkralar getiren 208. maddenin, aynı Kanun'un 209. madde hükmü gözetilmek suretiyle yargılaması devam eden eldeki davaya uygulanacağı açıktır. ...

Yerel mahkeme kararında benimsendiği şekilde, vakıf evlatlığına ilişkin tüm taleplerin mahkeme kararının kesinleşmesinden sonra 5 yıl geçmekle düştüğünün kabul edilmesi halinde, bu durum vakfın amacına ve vakıflar hukukunun ruhuna aykırı olarak vakıf evlatlarının vakfın gelir fazlasından yararlanmasını öngören vakfedenin iradesinin sınırlandırılması, hatta tamamen kaldırılması ve vakıf evlatlığının süreli hale getirilmesi sonucunu doğuracaktır. Zira süknâ, maaş, tahsisat, galle fazlası gibi hakları içeren intifa hakları, zaman içerisinde süregelen, devamlılığı olan bir takım gelirlerden vakfedenin yararlanmasını arzuladığı vakıf evlatlarının, 5 yıl yararlanıp daha sonra yararlanamamasına neden olacak ve vakıf evlatlığı müessesesinin ve niteliği değiştirilmiş olacaktır. Başka bir deyişle yerel mahkeme gerekçesi benimsendiğinde eldeki davada olduğu gibi 1995 yılında galle almaya hak kazandıklarına dair kararı alan evlatlar, 2000 yılına kadarki vakıf fazlasını alabilecek, 2000 yılından sonrası için vakfın galle hesaplamasına esas olacak gelirden yararlanamayacaktır...Yasa metninde belirtildiği üzere galle fazlası alacağını hesaplanmasında vakfın, dava tarihinden geriye doğru 5 yıllık malvarlığı, gelir ve giderleri gözetilmelidir. Eldeki davada davacılar 1995 yılından dava tarihi olan 2009 yılına kadar eksik ödenen galle fazlasının hesaplanarak ödenmesini istemişler ve Özel Daire bozma ilamında da bu süre için hesaplama yapılması gerektiği bildirilmişse de, anılan yasa metni gözetilerek dava tarihi olan 14.08.2009 tarihinden geriye doğru vakfın son beş yıllık dönemini kapsayacak şekilde malvarlığı dikkate alınarak hesaplama yapılması gerekmektedir...Açıklanan bu değişik gerekçe ile usul ve yasaya aykırı olan direnme kararı bozulmalıdır...” www.kazanci.com.tr. (Erişim: 09.12.2022).

gerek 5737 sayılı Vakıflar Kanunu ve bu Kanun uyarınca çıkarılan Yönetmelik'te intifa hakkı sahibi olarak nitelendirilmiştir. Söz konusu vakıfların gelirinden yararlanacak olan kişiler her ne kadar intifa hakkı sahibi olarak nitelendirilmiş olsa da burada teknik anlamda intifa hakkından bahsetmek mümkün değildir.

Galle fazlasının ne şekilde dağıtılması gerektiği Vakıflar Yönetmeliği'nde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemelere göre kişinin galle fazlası alabilmesi için ilk koşul, galle fazlası almaya hak kazandığını gösterir bir mahkeme kararına sahip olmasıdır. Ancak kişinin böyle bir mahkeme kararı alabilmesi için de vakfiyede galle fazlası şartının bulunması ve vakfedenin soyundan geldiğinin ispatlanması gerekmektedir. İkinci koşul ise, kanun gereğince bir takım giderler düşüldükten sonra galle fazlası olarak ödenecek miktarın kalmış olmasıdır.

Galleye müstehik vakıf evlâdı olduğunun ya da yalnızca vakıf evlâdı olduğunun tespiti için açılacak dava bir tespit davası niteliğindedir. Vakıf evlâdı ya da galle üzerinde hak sahibi olduğunun tespiti davalarında yalnızca davalı ile vakfeden arasında kan bağıının bulunması yeterli değildir. Bunun yanı sıra vakfiyede belirtilen diğer koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğinin de tespit edilmesi gerekmektedir.

Vakıf evlâdı veya ilgisini olduğunun ve galle fazlası almaya hak kazandığını mahkeme kararıyla tespit ettiren vakıf evlatları veya ilgilileri mülhak vakıflarda vakıf yöneticisine; vakfiyesinde galle fazlası ödenmesine ilişkin şart bulunan mazbut vakıflarda ilgili bölge müdürlüğüne, genel müdürlükçe temsilen yönetilen mülhak vakıflarda ise bölge müdürlüğüne başvuru yapmalıdır.

6111 sayılı Kanun'un 208. maddesi ile 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 7. maddesine eklenen fıkra ile intifa haklarına ilişkin taleplerin galle fazlası almaya hak kazanıldığını gösteren mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren beş yıl geçmekle düşeceği düzenlenmiştir.

Kanun'da intifa hakkına ilişkin talepler hususunda düzenlenmiş olan sürenin hak düşürücü süre mi yoksa zamanaşımı süresi mi olduğu konusunda bir netlik söz konusu olmamakla beraber dolması ile vakfın galle üzerindeki hak sahipliğini sona erdirdiğinden hak düşürücü süre olarak nitelendirilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- AKGÜNDÜZ, Ahmet: İslam Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi, Türk Tarih Kurumu, Ankara 1988.
- AKİPEK, Şebnem/ALTAŞ, Hüseyin: "Vakıflarda Evladiye Kavramı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(4), 1998, s.145-151.
- ALLAHVERDİ, Reyhan Şahin: "Zürri Vakıfların İdaresinde Yaşanan Sorunlar", The Journal of Academic Social Science Studies, 43(I) 2016, p.313-323.
- AVCI, Mustafa: Türk Hukuk Tarihi Dersleri, 5. Bası, Mimoza Yayıncılık, Konya 2015.
- BERKİ, Ali Himmet: Vakıflar, Nur Matbaası, Ankara 1950.
- CİN, Halil: "Osmanlı Devleti'nde Vakıf Hukuku", in Erson, Burhan (Yayın Koordinatörü), Cumhuriyetin 80. Yılında Uluslararası Vakıf Sempozyumu (15-17 Aralık 2023), Vakıflar Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara 2004, s.49-70.
- ÇINAR, Ömer: "Mazbut ve Mülhak Vakıflarda Galle (Gelir) Üzerindeki Vakıf Evlatlarının ve Diğer İlgililerin Hak Sahipliği ve İntifa Hakkı Hayrından Fazla Olan Mülhak Vakıfların Aile Vakfına Dönüştürülmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz'a Armağan, 22(3), 2016, s.825-858.
- DALAMANLI, Lütfü: Eski-Yeni Vakıf Davaları, Seçkin Kitabevi, Ankara 1986.
- DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku, Cilt II, 21. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 27. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- HATEMİ, Hüseyin: Medeni Hukuk Tüzel Kişileri, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1979.
- İKİZLER, Metin/KURBAN, Yasin: Eski ve Yeni Vakıflar Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- İŞERİ, Ahmet: "Vakıflar (Medeni Kanun'dan Önceki ve Sonraki Vakıf Nev'ileri ve Hukuki Mahiyetleri)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21(1), 1964, s.199-280.
- KARİNÂBİZÂDE, Ömer Hilmi/SUNGURBEY, İsmet: Eski Vakıfların Temel Kitabı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1978.
- KORKUSUZ M. Refik/ERGÜN, Ömer: "Hukuksal Boyutları ile Eski ve Yeni Vakıflar", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12-13 (16-19), 2007-2008, s.69-138.
- KURU, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022.
- OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku, 20. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022.
- ÖĞÜZ, Tufan: Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları, Beşir Kitabevi, İstanbul 2007.
- ÖZKAN, Cemali: Tüm Yönleriyle Dernekler ve Vakıflar, Yaklaşım Yayınları, Ankara 2000.
- ÖZKAYA, Erarslan: Eski Vakıf Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.
- ÖZSUNAY, Ergun: Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1982.
- ÖZTÜRK, Nazif: Menşe'i ve Tarihi Gelişimi Açısından Vakıflar, 1. Baskı, Vakıflar Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara 1983.
- PEKCANITEZ, Hakan: Medeni Usul Hukuku Cilt II, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- SÜEREN, Erkin: "Eski Vakıfların Hukuki Yapısının Evrimi", Ankara Barosu Dergisi, 3, 2002, s.81-122.
- ŞENER, Abdülkadir: "Eski Hukukumuzda Göre Evladiye Vakıflarda Gelirin Taksimi", Vakıf Haftası Dergisi, 12, 1995, s.41-43.
- ULUÇ, Yusuf: Vakıflar Hukuku ve Mevzuatı, Vakıflar Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara 2008.

YELBAŞI, Cengiz: Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, Ankara 2014.

YENER, M. Serhat/USLU, Kazım: Mazbut ve Mühlak Vakıflarda Vakfiyeden Doğan Haklara İlişkin Davalar, 1. Baskı, Statü Yayıncılık, Ankara 2013.

YENER, M. Serhat: Uygulamada Açıklamalı Örnek Kararlı Eski Vakıf Davalarına Giriş Vakfiyeden Doğan Evladiye, Galle, Tevliyet, Ücret ve Sıla Davaları, Kartal Yayınevi, Ankara 2004.

USLU, Kazım: Kısa Açıklama ve Özet Yargı Kararları ile Birlikte Eski ve Yeni Vakıflar Mevzuatı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Kübra SUCU YER, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Kübra SUCU YER, who is the authors have not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnÜHFD in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.

ANAYASA YARGISINDA SPOR HUKUKU UYUŞMAZLIKLARI

SPORTS LAW DISPUTES IN CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE

Ahmet Mert DUYGUN*  

Makale Bilgi

Gönderi: 26/08/2023
Kabul : 28/12/2023

Anahtar Kelimeler

*Spor Hakkı,
Zorunlu Tahkim,
Mahkemeye Erişim
Hakkı,
Bireysel Başvuru.*

Article Info

Received: 26/08/2023
Accepted: 28/12/2023

Keywords

*The Right to Sport,
Compulsory
Arbitration,
The Right to Access to
Court,
Individual Application.*

Özet

10.21492/inuhfd.1349678 

İlgili çalışmanın odağında spor hukukunun anayasa yargısında nasıl bir anlam kazandığını yer almaktadır. Sporun bağımsız bir hak olup olmadığına ilişkin tartışmalar hukuk öğretisinde halen yapılmakla beraber, spor ve sporcuların, anayasaların ve temel haklara ilişkin belgelerin koruması altında oldukları tartışılmazdır. Bu bağlamda spor organizasyonları gün geçtikçe “devletleşmekte”, bu da spor hukuku uyuşmazlıklarının da olağan yargı kurullarınca nasıl çözüleceği sorunu ortaya koymaktadır. Bu bağlamda uyuşmazlıkların spor organizasyonlarının kendi içinde kurulan tahkim kurulları ile çözülmesi gerektiğini savunan bir görüş bulunmakla birlikte, spor hukuku uyuşmazlıklarının olağan yargı organlarınca da çözülebileceğini savunanlar bulunmaktadır. Türk hukukunda da bu tartışma uzun süredir yürütülmekte olup, yasa koyucu çeşitli kereler spor hukukunda tahkime ilişkin düzenlemeler yapmıştır. Buna karşın konunun halen olağan yargı kollarınca çözüme kavuşturulmaması üzerine 2011 yılında 1982 Anayasasının 59. maddesinde sporda zorunlu tahkime ilişkin bir anayasa değişikliği yapılmıştır. Ancak bu değişiklik dahi spor hukukuna ilişkin bu uyuşmazlıkları sonlandırmamıştır. İşte bu çalışma spor hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların anayasa yargısında ne şekilde ortaya çıkabileceğini norm denetimi ve bireysel başvuru kararları ışığında incelemektedir.

Abstract

This study focuses on the meaning of sports law in constitutional jurisprudence. Although there are still debates in the law doctrine as to whether sport is an independent right or not, it is indisputable that sports and athletes are under the protection of constitutions and fundamental rights documents. In this context, sports organisations are becoming more and more "state-like", which raises the problem of how sports law disputes will be resolved by ordinary judicial tribunals. In this context, although there is a view that disputes should be resolved by arbitration boards established within the sports organisations themselves, there are also those who argue that sports law disputes can also be resolved by ordinary judicial bodies. This debate has been going on in Turkish law for a long time, and the Turkish lawmaker has made regulations on arbitration in sports law on various occasions. However, as the issue has not been resolved by the ordinary judicial branches, a constitutional amendment was made to Article 59 of the 1982 Constitution in 2011 regarding compulsory arbitration in sports. However, even this amendment did not put an end to these disputes regarding sports law. This article analyses how disputes arising from sports law may arise in the constitutional judiciary in the light of norm review and individual application decisions.

 Bu eser [Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/) ile lisanslanmıştır.

* Dr. Öğr. Üyesi, İzmir Bakırçay Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | Cite As: DUYGUN, Ahmet Mert, “Anayasa Yargısında Spor Hukuku Uyuşmazlıkları”, İnÜHFD, 14(2), 2023, s.554-567.

İntihal | Plagiarism: Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

There are two main elements at the focus of this study: Sport and the Constitution. Although there are direct regulations on sports in the Constitution, it is also possible to relate sports and athletes to other fundamental rights and freedoms. The fact that the fundamental rights and freedoms of individuals and institutions are under the protection of the Constitution and are part of public law is indisputable. However, an important question arises as to how disputes in this field will be resolved. Although there are different trends in the resolution of sports disputes, the dominant trend in the world is to prohibit the resolution of disputes arising from the sporting competition through ordinary judicial remedies and to resolve these disputes through "compulsory arbitration". In this respect, it is seen that the compulsory arbitration procedure is adopted through the state in sports jurisdiction particular in Türkiye: the Turkish Football Federation (TFF) Arbitration Board, established in accordance with the Law on the TFF for football, and the Arbitration Board within the Ministry of Youth and Sports for other sports branches other than football.

The constitutionality of the resolution of sports disputes through compulsory arbitration and the problems that arise within the framework of the constitutional judicial review of the decisions of the sports arbitration board and their presentation constitute the purpose of this article. With the amendment made to Article 59 of the Constitution by Law No. 6214 in 2011, it was stated that "Decisions of sports federations regarding the management and discipline of sports activities can only be appealed to compulsory arbitration. The decisions of the arbitration board are final and cannot be appealed to any judicial authority." With this amendment, the derived constituent power aimed to remove the decisions of the arbitration boards arising from the conduct of sporting activities from the ordinary judicial or administrative jurisdiction and to close the judicial remedy against these arbitration board decisions. However, this amendment has not eliminated the problem of where and how disputes arising from sporting activities will be resolved; it has created the problem of whether contractual disputes between athletes, their representatives or other sports club employees and sports clubs will be subject to judicial jurisdiction. Due to Law No. 5894 on the Establishment and Duties of the TFF, all contractual disputes related to football are concluded by the judicial jurisdiction with a decision of lack of jurisdiction on the grounds of the provisions of the Law. As a matter of fact, this situation was contrary to Article 59 of the Constitution, which prohibits judicial remedies against the decisions of the Arbitration Board only in relation to the management and discipline of sports activities, and only in relation to sports-related disputes. The provision of the Law in question was brought before the Constitutional Court of Türkiye through a concrete norm review and the Constitutional Court found that the rule was contrary to the principle of legal certainty and annulled the rule subject to objection on the grounds that it was incompatible with Articles 59 and 36 of the Constitution. In order to fulfill the requirements of the Constitutional Court's judgment, certain legislative amendments were made to the TFF Statute.

For the purpose of this article, discussions on sports law have been one of the leading issues in the early jurisprudence of the Constitutional Court regarding the individual application procedure. For this reason, the majority of the source of the findings of the study are the judgments of the Constitutional Court. In order to determine the main position of the Constitutional Court on this issue, various individual application judgments were analyzed. As a result, the Constitutional Court adopts a formalist and narrow attitude in the disputes on sports law and categorically prevents the examination of individual applications. The Constitutional Court found the individual applications inadmissible in terms of subject matter on the basis of Article 45 paragraph 3 of Law No. 6216 without taking into account the distinction between the cases on sports law and the disputes related to sports competitions, which was added to the Article 59 of the Constitution with the amendment. As a matter of fact, this situation will lead to the danger of immunizing the decisions regarding certain actions and transactions, which are included in the sports disciplinary law but do not directly affect the content of sports competitions, from judicial review and will lead to the violation of fundamental rights and freedoms.

Another source of findings regarding the constitutionality review of the decisions of arbitration boards is the judgments of the European Court of Human Rights (ECtHR). To summarize, the legal situation created by the amendment to Article 59 of the Constitution results in the initiation of disciplinary proceedings against athletes or coaches even for their words, statements and posts that are not directly related to the sporting event and are within the protection of freedom of expression, and the decisions rendered at the end of this process are closed to judicial remedy. In this respect, the conclusion obtained from the ECtHR judgments is that the TFF Arbitration Board cannot be characterized as an independent and impartial tribunal and this has violated the first paragraph of Article 6 of the Convention. The fact that such a determination has been made will pave the way for amendments to be made to the relevant laws. Having concluded that the problems regarding the structure of the Board were structural, the ECtHR ordered some general measures to be taken to eliminate the problems within the framework of Article 46. Following the ECtHR judgments, some amendments were made to the TFF Statute; however, although it is seen that the amendments regulated some of the issues that led to the violation, these amendments failed to comply with the essence of the ECtHR's reasons for finding a violation. In summary, the amendments failed to ensure that the structure of the TFF Arbitration Board is impartial and independent.

The attitude of the constitutional judiciary in sports law disputes has been subject to constant criticism in terms of the right to a fair trial despite the amendments made. In line with the criticism, some recommendations should be made. In order to solve the problems, the organization of the TFF must first be improved. The procedure whereby the chairman and members of the TFF Arbitration Board are appointed by members of the TFF Board of Directors should be abandoned. Another suggestion would be to adopt an ordinary arbitration procedure in which the parties themselves can select arbitrators from a pool of arbitrators, instead of having the members of the Board of Arbitration be permanent members. Most importantly, however, these amendments should not be made through the TFF Statute, but through a law passed by the legislature. Another issue is the inability to file an individual application to the Constitutional Court against the decisions of the Sports Arbitration Board. At this point, the Constitutional Court should give up its narrow interpretation of Article 59 of the Constitution and paragraph 3 of Article 45 of Law No. 6216 and make it possible for the Constitutional Court to make the individual application procedure against the decisions of sports arbitration boards enabled. These amendments will also prevent the situation where violations of rights, which often do not intersect with the essence of sporting activities, are taken to the ECtHR without going before the Constitutional Court.

I. GİRİŞ

Spor ve anayasa hukuku ilişkisine baktığımız zaman spora ilişkin anayasanın doğrudan düzenlemelerinin dışında diğer temel hak ve özgürlüklerin de spor ve sporcularla ilişkilendirilebileceğini rahatlıkla söyleyebiliriz¹. Bu noktada sporcuların ve spor faaliyetinde profesyonel olarak görev alanların çalışma hakkı², spor müsabakalarını düzenleyen federasyon ve toplulukların dernek özgürlüğü, doping ve diğer benzeri testlere tabi tutulan sporcuların vücut bütünlüğünün korunması hakkı, spor kulüplerinin bazı sözleşmelerde taraf olmaktan kaynaklı mülkiyet hakkı³ gibi temel hakların süjesi olduğu yönünde kuşku bulunmamaktadır⁴. Öyle ki anayasada düzenlenmese de üçüncü kuşak haklardan biri olarak⁵ bağımsız bir hak olarak “spor hakkının” dahi var olduğu öğretilerde söylenmektedir⁶. Buna göre spor hakkı bir yandan devlete, serbestçe sportif faaliyetlerini icra eden kimselere engeller çıkarmaması yönünde negatif bir yükümlülük yüklerken bir yandan da sportif faaliyetlerde bulunan bu kişilere gerekli tesis, saha, spor aleti temin edebilmesi için pozitif yükümlülükler yüklemektedir⁷. Nitekim 1982 Anayasası’nın ilişkin 5. maddesindeki devletin temel amaç ve görevlerine ilişkin düzenlenmenin spor açısından özel bir görünümü olarak Anayasa’nın 59. maddesi de devletin her yaştaki Türk vatandaşlarının beden ve ruh sağlığını geliştirecek tedbirleri alacağını, sporun kitlelere yayılmasını teşvik ederek başarılı sporcuyla koruması gerektiğini ifade etmektedir.

Bu pozitif yükümlülüklerin kapsamında ayrıca devletin sportif faaliyet ve organizasyonları düzenlemek için spor federasyonları gibi idari teşkilatlanmalar kurması da yer almaktadır⁸.

Özetle söylenebilir ki sportif faaliyetler anayasada açıkça zikredilmese dahi hak süjelerinin bireysel ya da kolektif olarak sportif faaliyette bulunmaları, anayasal bir hak olan maddi-manevi varlığını geliştirme hakkının⁹ ve olaya özgü olarak diğer temel hakların koruma alanında yer alabilmekte ve bu yönüyle kamu hukukunun kuşkusuz bir konusunu oluşturmaktadır.

Bu noktada da özellikle sporun ve spor hukukunun gittikçe kamu gücü de kullanan bir idari teşkilatlanma içerisinde uygulama alanı bulması, diğer bir ifadeyle “devletleştirilmesi, (*Verrechtsstaatlichung*)”¹⁰ onun yine kamu hukukunun bir parçası olmasını zaruri kılmaktadır. Nitekim Türkiye’de Anayasa Mahkemesi, 2006 tarihli bir kararında spor federasyonlarının “hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşu” olduğunu belirtmiştir¹¹. Mahkeme’ye göre özerk federasyonların “kuruluşları, denetimleri, mali yapıları ve kararlarına karşı merkezi idare içerisinde oluşturulan Tahkim Kurulu’na başvurulabilmesi gibi hususlar göz önünde bulundurulduğunda, bunların hizmet yerinden yönetim kuruluşları oldukları sonucuna” ulaşılmaktadır¹².

İlk bakışta akla şüphesiz bu alanda çıkacak uyuşmazlıkların nasıl çözüleceği sorunu gelmektedir ki; bu noktada farklı hukuki modellerin ortaya konulduğu gözlenmektedir. Bu modellerin ilki spor uyuşmazlıklarının tamamen dernek/federasyon içi yargısal nitelikte olmayan kurullar ile çözüldüğü modelken; diğer bir formül olarak ise spor hukuku uyuşmazlıklarının spor hukuku konusunda ihtisas özel yargı organlarına yerine getirilmesi akla gelmektedir¹³. Bu özel yargılamaların çoğunlukla spor teşkilatlanmasının tahkim kurullarınca yapıldığı görülmektedir. Bu modelin tercih edilmesinin temel nedenleri ise hem spor hukuku uyuşmazlıklarının uzman kişilerce çözümlenmesinin daha doğru bir tercih olması;

¹ Alman öğretisinde ise bazı yazarlar, sporcuların tek başına bir hak olarak bağımsız bir “spor hakkının” koruma alanından faydalanmamakla birlikte; belirli temel hakların spor açısından da etkileri olan izdüşümleri ölçüsünde hakkın süjesi olabileceklerini ifade etmektedir. Bkz. MONHEIM, Dirk: Sportlerrechte und Sportgerichte- im Lichte des Rechtsstaatsprinzips- auf dem Weg zu einem Bundessportgericht, München 2006, s.52.

² MONHEIM, s.52. Futbol kulüplerinin yayın haklarına ilişkin sözleşmelerin Türkiye Futbol Federasyonu tarafından onaylanmaması durumunda geçersiz olacağını öngören yasa hükmünün anayasaya aykırı olduğuna ilişkin itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelen başvuruda çalışma özgürlüğüne de dayanıldığı gözlenmektedir. Söz konusu itiraz başvurusu, 3813 sayılı Kanun’un Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu’nu yetkilendiren hükümleri ışığında, somut norm denetimine başvuran Mahkeme’nin (Ankara 19. Asliye Hukuk Mahkemesi) davaya bakmakta olan mahkeme sayılamayacağından bahisle Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Bkz. AYM, 10.06.1997, E.1997/47, K.1997/55. Bu davaya aşağıda ilgili bölümde tekrar değinilecektir.

³ Örneğin Anayasa Mahkemesi, “Fenerbahçe Spor Kulübü Derneği” kararında başvuru spor kulübünün, reklam sözleşmesinden elde edilen gelirin yüzde 5’inin ilgili yönetmelik uyarınca zorunlu olarak Spor Genel Müdürlüğü’ne ödemesi sebebiyle yapmış olduğu bireysel başvuruda Mahkeme, başvuru spor kulübünün reklam gelirlerinden pay ödemesine ilişkin düzenlemenin “verginin kanuniliği” ilkesini de göz önünde bulundurmayacak şekilde kanunla değil yönetmelikle yapılmış olduğu tespit ettiğinden, başvuru mülkiyet hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Bkz. AYM, Fenerbahçe Spor Kulübü, B. N. 2017/4483, 13/2/2020

⁴ STEINER, Udo: Der Sport als Gegenstand des Verfassungsrechts (Der Sport), SpuRt2008, s.222.

⁵ Bu noktada öğretilerdeki tartışmalar için bkz. MEMİŞ KARTAL, Pınar: “Bir Hak Olarak Spor Faaliyeti”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 26(2), 2020, s.556-557.

⁶ AYANOĞLU, Taner: “Spor Faaliyetleri Üzerinde Devletin Yetkileri ve Spor Federasyonları”, in Özdemir Kocasakal, Hatice (ed.), Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu’nun Çeşitli Hukuk Disiplinleri Açısından Değerlendirilmesi, Legal Yayınevi, İstanbul 2022, s.85.

⁷ AYANOĞLU, s.86. Yazar, Anayasa’nın 59. maddesinden sporun zımnı olarak bir hak olarak düzenlense de doğrudan bir temel hak olarak düzenlendiği sonucunun çıkarılmasının oldukça zor olduğu kanaatinde olsa da 1982 Anayasası’nın 17. maddesinde düzenlenen maddi-manevi varlığını geliştirme hakkının koruma alanında şüphesiz sportif faaliyetlerde bulunma hakkının da yer aldığını belirtmektedir.

⁸ AYANOĞLU, s.89.

⁹ Aynı yönde bkz. MEMİŞ KARTAL, s.558.

¹⁰ STEINER, Der Sport, s.223.

¹¹ AYM, 02.07.2009, E.2006/118, K.2009/117.

¹² AYM, 02.07.2009, E.2006/118, K.2009/117.

¹³ GÜNDOĞDU, Fatih: “TFF Tahkim Kurulu Yargılamasının Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi”, TBB Dergisi, (140), 2019, s.146.

hem de karar verme süreçlerinin genel mahkemelere kıyasla çok daha hızlı olması, yargılama süreçlerinin daha az masrafla yürütülebilmesi¹⁴ ve kararların icrasının daha yeknesak biçimde yapılabilmesi olarak gösterilmektedir.¹⁵ Federasyon içi uyuşmazlıkların çözüldüğü modelde (*Verbandsgerichtsbarkeit*) yargılamayı yapan kişilerin uyuşmazlığa belirli bir mesafede olması da dezavantajlı bir durum olarak nitelendirilmektedir¹⁶. Diğer bir ifadeyle klasik anlamda idari ve yargısal yolların spor uyuşmazlıklarını organize etmesi ve denetlemesi olanaksız görülmektedir¹⁷.

Son olarak doğrudan devletin yargısının spor hukuku uyuşmazlıklarını genel yetkili mahkemelerde çözmesini öngören model akla gelmektedir¹⁸. Bu bağlamda da uluslararası federasyonların, ulusal federasyonların özerkliğinin bir yansıması olan statülerinden kaynaklı uyuşmazlıkların ulusal mahkemelerde görülmesi durumunda bu federasyonları oldukça sert yaptırımlara maruz bırakması oldukça olasıdır¹⁹.

İşte bu nedenlerle spor uyuşmazlıklarında dünyada görülen hâkim eğilim, sportif mücadeleden kaynaklı uyuşmazlıkların olağan yargı yollarında görülmesinin yasaklanarak bu uyuşmazlıkların “zorunlu tahkim” yolunda çözülmesidir. Buna tepki olarak da karşılaştırmalı hukukta sporcular spor müsabakalarına katılmak için “gönüllülük” adı altında zorla tahkim şartlarının kendilerine dayatılmasına karşın ikame bir “taslak sporcu anlaşması” hazırlayıp; tahkim yerine devlet yargısına gitmek isteseler de uygulamada bunun başarısız olduğu ve sporcuların tahkim sözleşmesini imzalamadığı zaman spor müsabakalarına katılmama tehdidi ile karşı karşıya geldikleri gözlenmektedir²⁰. Öğretide ise zaman içerisinde bu uygulamanın hukuk devletinden bir sapma olduğunu ileri süren görüşler azınlık görüş haline gelmiştir²¹.

Türkiye’de spor teşkilatlanması uzun süre genel idare içerisinde bakanlıklara bağlı olarak düzenlenmiş; daha sonra 1992 yılındaki 3813 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kurulu ve Görevleri Hakkında Kanun ile futbol ayrı bir teşkilat yapısına kavuşturulmuş; futbol dışındaki spor dalları ise önce Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü’nün bünyesindeki teşkilatın tabi olduğu mevzuata dayalı olarak faaliyet göstermiştir. Daha sonra ise futbol dışındaki bu spor dalları 638 Sayılı Gençlik ve Spor Bakanlığının Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile kurulan Gençlik ve Spor Bakanlığı bünyesine alınmıştır²². Bu bağlamdaki futbol dışındaki sporların bağlı olduğu teşkilatlanmayı düzenleyen yürürlükteki norm ise Gençlik ve Spor Bakanlığı’nın da aralarında olduğu tüm bakanlık teşkilatlanmasını düzenleyen 10.072018 tarihli ve 1 Numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesidir.

Spor tahkim kurullarının yapılarına baktığımız zaman ise Türk hukukunda spor hukuku uyuşmazlıkları için iki türlü tahkim kurulunun oluşturulduğu görülmektedir²³. Bunlardan biri TFF kurulları arasında en üst kurul olarak belirlenen 5894 Sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kanun gereğince kurulan TFF Tahkim Kuruludur. Futbol dışındaki diğer spor dalları açısından ise Gençlik ve Spor Bakanlığı bünyesinde Tahkim Kurulu görev yapmaktadır²⁴. Bu kurul ise 3289 Sayılı Gençlik ve Spor Hizmetleri Kanunu’nun Ek 9. maddesinin yedinci fıkrası uyarınca yedi asil ve yedi yedek üyeden teşekkül ediyor olup, bu üyeler Gençlik ve Spor Bakanlığı’nın onayı ile 4 yıl için görevlendirilirler. Yine bu Kanun’un Ek 9. maddesinin sekizinci fıkrası uyarınca “federasyonlar ile kulüpler, sporcular, hakemler, teknik direktör ve antrenörler; kulüpler ile teknik direktörler, antrenörler ve sporcular; kulüpler ile kulüpler arasında çıkacak ihtilaflarla, federasyonlarca verilecek kararlar ile disiplin veya ceza kurulu kararlarını, ilgililerin itirazı üzerine inceleyerek sonuçlandırma yetkisi” bu tahkim kuruluna aittir.

Bu yönleriyle Türkiye, spor yargısında devlet yoluyla zorunlu tahkim usulünü benimseyen ülkelerden birisi olmuştur²⁵.

¹⁴ GEMALMAZ, Burak: “Applicability of human rights standards in Turkish football arbitration: The contribution of the European Court of Human Rights” (Applicability of human rights standards), *The International Sports Law Journal*, (19), 2019, s.44.

¹⁵ HEERMANN, Peter W.: “Freiwilligkeit von Schiedsvereinbarungen in der Sportsgerichtsbarkeit”, *SchiedsVZ*, (2), 2014, s.75.

¹⁶ STEINER, Udo: *Das Verhältnis von Schiedsgerichtsbarkeit und staatlicher Gerichtsbarkeit*. (Das Verhältnis), *SpurRt* 2014, s.2.

¹⁷ KANADOĞLU, Korkut: “Sporda Tahkime İlişkin Anayasal Gelişmeler”, *Hukuk Defterleri*, (14), 2018, s.40.

¹⁸ GÜNDOĞDU, s.146.

¹⁹ STEINER, *Das Verhältnis*, s.2-3. Nitekim Uluslararası Spor Tahkim Mahkemesi (CAS), *Iraklis Thessaloniki Futbol Kulübü v. Yunanistan Futbol Federasyonu* davasında FIFA’nın, “bir ülke federasyonunun ulusal standartları eğer FIFA Statüsü’nün 63. Maddesi ile uyumlu değilse ve bir ulusal tahkim mekanizması kurulmadıysa” gerekli tedbirleri alması gerektiğini belirtmiştir. Bu dava için bkz. KALELİOĞLU, Cem: “Domestic sports arbitration in Turkey: creting a sui generis sporting jurisdictional order Alla Turca”, *International Sports Law Journal*, (17), 2017, s.41.

Steiner ise spordan kaynaklı uyuşmazlıkların olağan mahkemelerde daha yavaş çözülmesinden kaynaklı olarak tahkim yolunun tercih edilmesine alternatif olarak sporculara seçimsel bir hak tanınmasını ve olağan yargı yollarını seçen sporcuların kendi uyuşmazlıklarının hızlı ve etkili bir biçimde çözülmesinden feragat etmiş sayılmalarını önermektedir.

²⁰ HEERMANN, s.66.

²¹ Bu görüşlerin derlenmesi için bkz. HEERMANN, s.66.

²² MEMİŞ KARTAL, s.555.

²³ Kalelioğlu, spor uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözülmesi hususunda Türkiye’nin dünyadaki hakim eğilimi takip etmekle beraber, futbol ile diğer spor dalları için iki ayrı tahkim yapısı işletmesinin temel nedeninin futbol endüstrisinin büyüklüğü olduğunu belirtmektedir. Bkz. KALELİOĞLU, s.45.

²⁴ Bu kurul, 703 Sayılı KHK öncesinde Spor Genel Müdürlüğü bünyesindeydi. BAYKAN, Metin/YENİAY, Lokman: “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Bağlamında Spor Tahkim Kurullarının Kararları”, *İzmir Barosu Dergisi*, (3), 2019, s.144.

²⁵ Örneğin Almanya, İsviçre gibi ülkelerde ise yasa koyucu bu konuyu düzenlemekten imtina etmiş ve uygulamada zorunlu tahkim spor federasyonları tarafından sporculara dayatılmakta ve bu durum mahkemeye erişim hakkı açısından tartışılmaktadır. Bu hususta bkz. HEERMANN, s.70. Gemalmaz, olağan tahkim yolunun yargının özelleştirilmesi olarak nitelendirilebileceğini; ancak Türkiye’de görüldüğü üzere tarafları zorunlu olarak tahkim yoluna sevk eden ve kararlara itiraz edilemeyen spor tahkim kurullarının ise bu kapsamda değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir. Bkz. GEMALMAZ, *Applicability of human rights standards*, s.44.

Bu genel açıklamalardan sonra başta futbol olmak üzere spor faaliyetlerinden kaynaklı uyuşmazlıkların zorunlu tahkim yoluyla çözülmesinin anayasallığı ve spor tahkim kurulu kararlarının anayasa yargısı tarafından denetimine ilişkin sorunlara aşağıda detaylıca değinilecektir.

II. SPOR TAHKİM KURULLARI KARARLARININ YARGISAL DENETİMİNE İLİŞKİN ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI VE ANAYASA’NIN 59. MADDESİNDE YAPILAN 2011 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ

Anayasa’nın 59. maddesine 6214 Sayılı Kanun ile 2011 tarihinde yapılan Anayasa değişikliği ile şu hüküm eklenmiştir: “Spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabilir. Tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamaz.”

2011 yılındaki Anayasa değişikliklerinin gerekçesine ve kanunla ilgili görüşmelere bakıldığı zaman, tali kurucu iktidarın esas gayesinin spor disiplin hukukunun hızlı (seri) işletilmesine duyulan ihtiyaç ve uluslararası spor hukuku düzenlemelerine uyum olduğu gözlenmektedir²⁶. Bu noktada değişikliğin Anayasa’nın 125. yahut 36. maddelerinde değil de 59. maddesinde yapılmasının gerekçesi olarak da spor tahkimi ile olağan tahkim arasındaki farkı çizme gerekliliği olduğu yine TBMM Genel Kurulu’nda yapılan görüşmelerde Anayasa Komisyonu üyelerince belirtilmiştir.

Bu noktada bu değişikliğin yarattığı sonuçları incelemeyen önce Anayasa’nın 59. maddesinde yapılan bu değişikliğe yol açan bazı gelişmeleri aktarmak gerekmektedir.

Gerçekten de Anayasa’nın 59. maddesindeki değişikliğe giden yolda Anayasa Mahkemesi’nin 2 norm denetimi kararı önemli kilometre taşlarını oluşturmuştur.

Anayasa Mahkemesi, öncelikle 5105 Sayılı Kanun’un 3289 Sayılı Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun’da yaptığı değişikliğin anayasallığını tartışmış ve federasyon, kulüpler, hakemler, teknik direktörler, antrenörler ve oyuncular hakkındaki ihtilaflara ilişkin yönetim kurulunca verilecek kararlar ve disiplin-ceza kurulu kararlarına yapılacak kesin itirazları incelemekle görevli Tahkim Kurulu kararlarının yargı yoluna kapalı olmasının Anayasa’ya aykırı olduğuna hükmetmiştir²⁷. Mahkeme bu kararında ayrıca Tahkim Kurulu’nu bir idari merci olarak tanımlamış²⁸ ve yargısal bir uyuşmazlıkta tarafların mahkemeye başvurmadan önce idari bir kurula başvurma yükümlülüğü getirilebileceğini söylemiş ancak itiraz konusu kuralda idari bir kurul olduğunu tespit ettiği Tahkim Kurulu’nun kararlarının kesin olmasını hem Anayasa’nın 36. maddesine hem de idarenin her türlü işlem ve eyleminin yargı denetimine tabi olduğunu belirten 125. maddesine aykırı görmüştür.

Anayasa Mahkemesi aynı şekilde 5894 Sayılı Türkiye Futbol Federasyonu (TFF) Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun’un TFF Tahkim kararlarına karşı yargı yoluna başvurulamayacağına ilişkin 6. maddesinin 4. fıkrasını iptal etmiştir²⁹. Karara konu olan ve “Ankaraspor kararı”³⁰ olarak bilinen bu içtihadında Anayasa Mahkemesi, özetle ağır iş yükünü engellemek ve futbol için uyuşmazlıkları çözmek üzere alternatif bir yöntem olarak tahkim kurullarına başvurma yükümlülüğü getirebileceğini; ancak bu kararı benimsemeyen tarafın da yargı yoluna başvurabilme olanağının muhafaza edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu noktada Mahkeme’nin 5984 sayılı Kanun kapsamında TFF Tahkim Kurulu’nu bir idari organdan öte, yargı işlevi yerine getiren bir kurul olarak nitelendirdiğine değinmek gerekmektedir. Bununla beraber Mahkeme’ye göre bu kurulun kesin ve nihai olarak nitelendirilse de kararlarına karşı yargı organlarına başvurulamaması Anayasa’nın 36. maddesinde koruma altına alınan hak arama özgürlüğü ile

²⁶ Bkz. 6214 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 59. Maddesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un gerekçesi için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c096/tbmm23096077ss0697.pdf> (Erişim:21.08.2023).

²⁷ AYM, 02.07.2009, E.2006/118, K.2009/107.

²⁸ AYM, 02.07.2009, E.2006/118, K.2009/107.

²⁹ AYM, 06.01.2011, E.2010/161, K.2011/7.

³⁰ Ankaraspor A.Ş. Spor Kulübü, TFF Yönetim Kurulu kararıyla bir alt lige düşürülmüş ve akabinde de üç sene boyunca müsabakalardan men edilmiştir. Bu karar üzerine TFF Tahkim Kurulu’na yapılan başvuru ise Tahkim Kurulu’nun 06.10.2009 tarih ve 531/533 sayılı kararı ile onanmıştır. Bunun üzerine Ankaraspor, TFF Yönetim Kurulu’nun almış olduğu bu kararlar sonucunda uğramış olduğunu iddia ettiği zararlardan ötürü adli yargıda dava açmış ve maddi-manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Bu davaya bakmakta olan Asliye Hukuk Mahkemesi ise davacı Ankaraspor’un 5894 Sayılı Kanun’un 6. maddesine ilişkin itirazlarını ciddi bularak TFF’nin bir kamu tüzel kişisi olmadığını; dolayısıyla davanın adli yargı önünde görülmesi gerektiğini ancak 5894 Sayılı Kanun’un 6. maddesinin TFF ile ilgili uyuşmazlıklar açısından münhasıran Tahkim Kurulu’nu yetkili kıldığı, ancak TFF Statüsünden kaynaklı uyuşmazlıkların çözümü için sadece Tahkim Kurulu’nun görevlendirildiğini; bu kurulun ise TFF Statüsü kapsamında doğrudan TFF Yönetim Kurulu üyelerine ve onların görev süresi ile bağdaşık biçimde atanmış olması sebebiyle tarafsız olmayacak da olmalarının adil yargılanma hakkı açısından anayasaya aykırılık oluşturduğunu belirtmiştir. Mahkeme ilaveten bu kurulun mali özerkliğinin de olmadığını vurgulamıştır. Son olarak Mahkeme Tahkim Kurulu’nun kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olmasının Anayasa’nın 36. maddesinde belirtilen hak arama hürriyetine ve yine Anayasa’nın 125. maddesinde idarenin her türlü işlem ve eylemine karşı yargı yolunun açık olduğuna dair hükme aykırı olduğunu belirtmiş ve bu sebeple 5894 sayılı Kanunun 6/1-2-3-4. maddelerinin iptalini istemiştir. Karara karşı oy yazan Yargıç Fettah Oto ise TFF’nin kamu gücü kullanan tek taraflı, idari ve icrai işlemler yapan bir kamu hukuku tüzel kişisi olduğunu ve TFF Tahkim Kurulu’nun da bu kamu kurumunun en üst organı olarak idari kararlar aldığını; dolayısıyla bu kurul kararlarına karşı açılacak davalarda da idari yargının görevli olduğunu belirtmektedir. Bu sebeple Yargıç Oto’ya göre adli yargının davayı inceleme görev ve yetkisi olmadığından; ilgili hukuk mahkemesi somut norm denetiminin ana koşullarından birisi olan ilgili davaya bakmakta olan mahkeme niteliğini haiz değildir ve bu davada uygulanacak kurallar da davada uygulanacak kurallardan değildir. Bu nedenle de Oto’ya göre ilgili davanın ilk inceleme sonucunda reddedilmesi gerekmektedir. Bkz. AYM, 06.01.2011, E.2010/161, K.2011/7.

bağdaşmayan bir müdahaledir³¹.

İşte bu kararların ardından tali kurucu iktidar Anayasa'nın 59. maddesinde yapmış olduğu yukarıda belirtilen değişikliklerle Anayasa Mahkemesi kararlarının ortaya çıkardığı sorunları çözmeyi ve sportif faaliyetlerin yürütülmesinden kaynaklı tahkim kurullarının kararlarını tamamen olağan adli/idari yargı alanından çıkarmayı ve bu tahkim kurulu kararlarına karşı yargı yolunu kapatmayı amaçlamıştır.

Ancak bu Anayasa değişikliği sportif faaliyetlerden doğan hukuki uyuşmazlıkların hangi yargı merciinde, nasıl görüleceğine dair hukuki tartışmaları neticelendirmemiştir. Bu noktadaki Anayasa değişikliğini takiben ortaya çıkan sorun ise sporcular, onların temsilcileri yahut diğer spor kulübü çalışanları ile spor kulüpleri arasında sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların adli yargıya konu olup olamayacağına ilişkindir. Nitekim 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kurulu ve Görevleri Hakkında Kanun'un 5. maddesi, öncelikle spor hukukuna ait uyuşmazlıkla ilgili ilk derece hukuk kurullarını (Uyuşmazlık Çözüm Kurulu, Etik Kurulu ve diğer disiplin kurulları) ortaya koyduktan sonra 2. fıkrasında bu kurulların kulüp lisansı ile ilgili kararlar almaya veya 5894 sayılı Kanun, TFF Statüsü, TFF'nin diğer talimat ve düzenlemeleri ile diğer yetkili TFF kurul ve organları tarafından alınacak kararlara ilişkin olarak çıkacak ihtilaflarda karar vermeye münhasıran yetkili olduğunu düzenlemiştir. Maddenin 3. fıkrası ise ilk derece hukuk kurullarının görevlerine giren konularda ve bunlar tarafından verilen kararlara karşı yargı yoluna başvurulamayacağını düzenlemektedir.

Nitekim uygulamada futbola³² ilişkin sözleşmeden kaynaklı tüm uyuşmazlıklar³³ bu Kanun maddeleri gerekçe gösterilerek adli yargı tarafından görevsizlik kararlarına konu olmuştur. Nihayetinde bu durum şüphesiz Tahkim Kurulu kararlarına karşı yargı yoluna başvurulmasını sadece spor faaliyetlerinin yönetimi ve disiplinine ilişkin, salt spora dair uyuşmazlıklar açısından yasaklayan Anayasa'nın 59. maddesine aykırılık oluşturmaktaydı³⁴.

Oysaki 6214 Sayılı Kanun'un bizatihi gerekçesinde dahi

“(…) kulüpler ile sporcu ya da teknik adamlar gibi diğer kişiler arasındaki alacak uyuşmazlıkların bu şekilde çözüme kavuşturulmasına dair bir zorunluluk bulunmamaktadır. Dolayısıyla, spor kulüpleri ile sporcu, teknik adam ve sporla ilgili diğer kişiler arasındaki alacak haklarına dair uyuşmazlıklar yetki ve göreve ilişkin genel hükümler çerçevesinde adli yargı yerlerinde görülecektir(…)”³⁵

denmek suretiyle yargı yoluna kapalı olan Tahkim Kurulu'nun kararlarının çerçevesi oldukça açık bir şekilde çizilmekte ve mali uyuşmazlıklara dair sportif uyuşmazlıklar Anayasa'nın 59. maddedeki adli yargı yoluna kapatılmış alanın kapsamı dışında tutulmuştur.

Nihayetinde bir futbol temsilcisi (menajer) ve bir spor kulübü arasında imzalanan; sporun yönetimine ilişkin olmadığı açık olan bir uyuşmazlık için dahi yapılan icra takibine karşı yapılan itirazın iptali davasında uygulanacak olan bu kuralın (5984 Sayılı Kanun'un 5. maddesi) Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 18. Dairesi, somut norm denetimine başvurmuştur. Somut norm denetimi yolunda ilgili kuralları inceleyen Anayasa Mahkemesi ise vermiş olduğu kararda³⁶, 5894 sayılı Kanun'un ilk derece hukuk kurullarının yetkilerine ilişkin 5. maddesinin kapsamının oldukça geniş ve sınırları belirsiz bir alana işaret ettiğini belirtmiş, kanun koyucunun ihtilafların belirlenmesi konusunda TFF statüsü ile TFF'nin diğer talimat ve düzenlemelerine atıfta bulunarak, ihtilafların kapsamının belirlenmesini TFF'nin iradesine bıraktığını tespit etmiştir. Mahkeme, TFF'nin bu kuralları her daim değiştirebilecek olmasının; yargı yolu kapatılan spor uyuşmazlıklarının da kapsamını her an genişletebileceğinden bahisle bu kuralın belirlilik ilkesine aykırı olduğunu ortaya koymuştur. Mahkeme bu tespitlerin ardından tarihsel yorum metoduna

³¹ Kararın esas açısından incelenmesi sonucunda itiraz konusu kuralda anayasaya aykırılık görmeyen Mahkeme üyeleri Serdar Özgüldür ve Fettah Oto, futbol uyuşmazlıklarında zorunlu tahkim kuralının öngörülmesinin ana nedenlerinden bir tanesinin FIFA ve UEFA düzenlerine uyum sağlamak olduğunu; bu düzen kapsamında da futbolun uzun süreli, yaygın bir yargısal denetime dayanmayan, kısa sürede çözümünü gerekli kılan bir yapıya haiz olduğunu; bunun da klasik yargı düzeniyle mümkün olmadığını belirtmiştir. Karşı oy yazar bu üyelere göre Türkiye'nin uluslararası yükümlülüğünün bir sonucu olan bu “tahkim kurulu” sisteminden saparak ülkeye has bir yargı düzeni öngörülmesi mümkün olmayıp; tahkim kurulu kararlarının yargı yoluna kapatılması ise anayasaya aykırılık oluşturmamaktadır. Karşı oy yazarın bu yorumu kanımızca 2 yönden eleştiriye açıktır: Birincisi, yargıçlar salt uluslararası yükümlülüklerde bulunmanın, hukuk devletinin olmazsa olmaz bir unsuru olan mahkemeye erişim hakkı yahut hak arama hürriyetine yapılan müdahaleyi anayasal açıdan meşru kıldığı gibi bir yanlış içerisindedirler. İkincisi ise yargıçlar yine Tahkim Kurulu'nun bir yargısal faaliyette bulunup bulunmadığına dair bir değerlendirme içerisinde bile bulunmaksızın bu yanlış içerikli kabulü benimsemektedirler. Üstelik yukarıda da bahsedildiği üzere karşı oy yazısı yazar Yargıç Fettah Oto, TFF Tahkim Kurulu'nun idari nitelikte bir kurul olduğu tespitini bizatihi kendisi yapmakta ve kararlarına karşı idari yargı yoluna gidilebileceğini belirtmektedir. Bkz. AYM, 06.01.2011, E.2010/61, K.2011/7.

³² Diğer spor dalları açısından ise bu sorun gözlenmemektedir çünkü futbol dışındaki diğer spor dallarındaki uyuşmazlıkların tabii olduğu Gençlik ve Spor Bakanlığı bünyesindeki Spor Tahkim Kurulu Yönetmeliği'nin 5. Maddesinin 3. Fıkrası açıkça sporcu, menajer, teknik adam vb. kişilerin kulüpleriyle sözleşmeden kaynaklı uyuşmazlıkların Spor Tahkim Kurulu'nun yetkisi dışında olduğunu belirtmektedir. Nitekim uygulamada da Spor Tahkim Kurulu, önüne gelen bu tip uyuşmazlıklarda eğer sözleşmelerde özel bir “tahkim şartı” yoksa olağan mahkemeleri işaret etmektedir. Bu hususta detaylı bilgi için bkz. KALELİOĞLU, s.45.

³³ Bunun yegâne istisnasını milletlerarası özel hukukun gereği olarak yabancılik unsuru içeren sözleşmeler oluşturmaktaydı. Buna göre eğer sözleşmenin taraflarından biri yabancı bir futbolcu ise bu durumda Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'na başvuru yapmak zorunlu olmamaktaydı. Ancak yabancı futbolcunun kendi isteği ile Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'na başvurması ise mümkündür. Bu husus için bkz. KALELİOĞLU, s.38.

³⁴ İlaveten bu hükmün uluslararası insan hakları hukukunda düzenlenen adil yargılanma ve etkili başvuru hakları açısından da insan hakları ihlali oluşturduğuna ilişkin bkz. KALELİOĞLU, s.36.

³⁵ 6214 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 59. Maddesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un gerekçesi için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c096/tbmm23096077ss0697.pdf> (Erişim: 21.08.2023)

³⁶ AYM, 18.01.2018, E.2017/136, K.2018/7.

başvurarak 1982 Anayasası'nın 59. maddesinde 2011 senesinde yapılan değişikliği değerlendirmiş ve değişikliğin gerekçesinde sporla ilgili kişilerin kendi aralarında imzaladıkları sözleşmelerden kaynaklanan alacak iddia ve talepleri ile mali hakların sporun yönetilmesi ve disiplinine ilişkin olmadığını belirttiğini hatırlatmıştır. Tüm bu değerlendirmelerin ardından Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu kural olan 5894 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 2. fıkrasının hem 1982 Anayasası'nın 59. maddesine hem de mahkemeye erişim hakkını koruma altına alan 36. maddesine aykırılık oluşturduğunu tespit ederek söz konusu hükmün iptaline karar vermiştir³⁷.

AYM kararının gereğini yerine getirmek için ilk değişiklik TFF Statüsünün 56. maddesinde yapılmış ve futbolcuların, kulüplerin, teknik adamlar ve futbol menajerlerinin, sportif cezalarla, yetiştirme tazminatına ilişkin olanlar haricindeki futbolla ilgili her türlü sözleşmeden doğan uyuşmazlıkta Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun yargı yetkisini kabul edip etmeme konusunda serbest oldukları belirtilmişti.

Nihayetinde 7405 sayılı Kanun ile Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı doğrultusunda TFF Kanunu'nun 6. maddesinin 6. fıkrasına TFF Tahkim Kurulu'nun futbol faaliyetlerinin yönetimi ve disiplini dışındaki kararlarına karşı bu kararların tebliğinden itibaren bir ay içerisinde 6100 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 439. maddesine göre iptal davası açılabilirliği belirtilmiştir. Bu noktada da öğretide Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 439. maddesine yapılan atfın yerinde olmadığı belirtilmiştir; nitekim ilgili madde olağan tahkim yargılamasındaki hakem kararlarının iptaline yöneliktir ve TFF Tahkim Kurulu ise olağan tahkim yargılamasından farklı bir niteliği haiz olduğundan birçok iptal sebebi uygulanamayacaktır³⁸.

III. ANAYASA MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BAŞVURU VE SPOR YARGISI

12 Eylül 2010 tarihinde yapılan halkoylaması sonucunda kabul edilen Anayasa değişikliği ile yürürlüğe giren ve Anayasa'nın 148. maddesinde düzenlenen Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkı (anayasa şikâyeti), herkesin Anayasa'da güvence altına alınmış olan temel hak ve özgürlüklerden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kapsamında olanların kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesini ihtiva etmektedir. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru usulüne ilişkin daha detaylı düzenlemeler ise 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Yargılama ve Usulleri Hakkında Kanun'da yer almaktadır. Anayasa'nın 148. maddesi, ihlal iddiasına yol açabilecek her türlü kamu gücü işlemine ilişkin bireysel başvuru yolunu mümkün kılmaktayken, 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin 3. fıkrasında bireysel başvuruya konu edilebilecek işlemler oldukça sınırlandırılmıştır. Bu maddeye göre gerek yasama işlemleri gerekse düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamamakta, ayrıca Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamamaktadır. Bu noktada Anayasa Mahkemesi'ne bu hükmün anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle açılan iptal davası sonucunda verdiği kararda Mahkeme, oldukça şekilci³⁹ bir yaklaşımla detaylı bir gerekçeye yer vermeksizin ve Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerden ne anlaşılması gerektiğini yorumlamaksızın "Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerin bireysel başvuru konusu yapılamamasının Anayasa gereği olduğunu" ve Kanun'da bu şekilde bir düzenlemeye yer verilmesinin "tamamen Anayasa'nın bu konudaki hükümlerinden kaynaklandığını"

³⁷ Mahkeme'nin bu kararına karşı usul ve esasa yönelik 2 farklı karşı oy yazısının olduğunu belirtmek gerekir: Mahkeme Başkanı Zühtü Arslan'ın da aralarında bulunduğu 6 yargıcı, uyuşmazlığın Anayasa'nın 59. maddesi uyarınca spor tahkim kurullarında zorunlu olarak görülmesi gereken uyuşmazlıklardan birisi olmadığını açık olduğunu; dolayısıyla da uyuşmazlığın zaten adli yargıda görülmesi gerektiğini ve bu yönüyle de 5894 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 2. fıkrasının davada uygulanacak bir kural olmadığı kanaatinde idirler. Açıkçası bu görüşe katılmak kanaatimizce oldukça zor gözükmektedir. Bir normun Anayasa Mahkemesi'ne iptal yahut itiraz yolu ile getirilmesindeki temel amaç, anayasaya aykırı olan kuralları temizlemektir. Bu hususta bkz. ESEN, Selin: İptal Davası ve İtiraz Davası Yolunda Anayasa Mahkemesi'nin Yaptığı İlk İnceleme, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara, 1996, s.87. Somut norm denetimi açısından ise anayasaya aykırılığı ileri sürülen ve davada uygulanacak kural kavramını dar yorumlamak gerekirken; bu noktada davaya olumlu ya da olumsuz bir etkisi olan her kuralın itiraz yolunda ileri sürülebileceğinin kabulü, anayasa yargısının amacı açısından daha kabul edilebilir bir yorumdur. Buna göre uygulanacak kuralın davada esasa etkili olup olmadığının tespitini yapmak da oldukça zor olduğundan ve bu durumun keyfi yorumlara da yol açabileceğinden; Bilgin'in ifadesiyle "dava ile ilgisi olmadığı açık olan" kuralların haricindeki her norm, Anayasa Mahkemesi'nce davada uygulanacak norm olarak kabul edilmelidir. Bkz. BİLGİN, Çağlar: "Türk Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi Yolu", TBB Dergisi, 1(3), Eylül 1988, s.362. Somut olayda ise ilk derece mahkemesi tarafından uygulamada sıklıkla görüldüğü üzere sporcu/temsilcisi ve spor kulübü arasında imzalanan sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların adli yargıda görülmesine engel oluşturduğu kanaatine varılan 5894 Sayılı Kanun'un 5. maddesinin "davada uygulanacak norm olarak" itiraz yoluna başvurulmasının koşullarından birini yerine getirdiğinde kuşku bulunmamalıdır. Kanadoğlu ise karşı oy yazılarında anayasaya uygun yorum yönteminin başarılı bir örneğinin kullanıldığını belirterek; halihazırda anayasa değişikliği gerekçesinde yeterince açıklığa kavuşturulmuş bir hususta, anayasaya uygun olmayan bir yorumun (uygulamada sözleşmeden kaynaklı uyuşmazlıkların yargı denetimi dışında bırakılması), tekrar anayasaya uygunluk denetimine tabi kılınmasını eleştirmiştir. Bkz. KANADOĞLU, s.42.

Kararın esasına yönelik bir karşı oy yazısında bulunan Rıdvan Güleç ise Mahkeme'nin kararının 2011 tarihinde tahkim kurulu kararlarının yargı yoluna kapalı olmasını belirten hükmünü iptal eden kararıyla aynı gerekçelere dayandığını; oysaki o karardaki gerekçelerin Anayasa'nın 59. maddesinde yapılan değişiklikle temelsiz kaldığını belirterek; hükmün iptal isteminin reddedilmesi gerektiğini savunmuştur. 6214 sayılı Anayasa Değişikliğinin amacı, muhtevası ve gerekçesini göz önünde bulundurmadan kategorik olarak spordan kaynaklı tüm hukuki uyuşmazlıkları yargı denetimi dışında bırakan bu yorumu kabul etmek kanaatimizce olanaklı görülmemektedir.

³⁸ Bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice: Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu'ndaki Değişiklikler Işığında Spor Tahkim Kurulları, Özdemir Kocacakal, Hatice (ed.), Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu'nun Çeşitli Hukuk Disiplinleri Açısından Değerlendirilmesi, Legal Yaymevi, İstanbul 2022, s.110. Yazar ayrıca maddenin Uyuşmazlık Çözüm Kurulu açısından getirdiği düzenlemelerin de muğlak düzenlemeler içerdiği, bu hususta açık bir düzenleme getirilmesi gerektiği kanaatinde idir.

³⁹ ŞİRİN, Tolga: Bireysel Başvuru Usul Hukuku- Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-7, Avrupa Konseyi, 2018, s.116. Aynı yönde bkz.İNCEOĞLU, s.221.

belirtmiş ve iptal istemini reddetmiştir⁴⁰. Şüphesiz Anayasa'nın 59. maddesi uyarınca Spor Tahkim Kurullarının vermiş olduğu karar da bu düzenleme kapsamında yer almaktadır.

Nitekim spor hukukuna ilişkin tartışmalar, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru usulüne ilişkin erken dönem içtihadının önde gelen meselelerinden olmuştur. Mahkemenin konuya ilişkin temel tutumunu "Abdurrahman Akyüz"⁴¹ başvurusunda ortaya koymuştur. Karara konu olan olayda başvuru Türkiye Wushu Federasyonu başkanıdır ve Çin'de düzenlenen bir organizasyonda tercümanla yaşadığı anlaşmazlık üzerine tercümanın dönüş biletini iptal ettirmesi sebebiyle, Spor Genel Müdürlüğü Merkez Ceza Kurulunun kararıyla "üç ay hak mahrumiyeti" cezasına çarptırılmış ve bu cezaya ilişkin itiraz da Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu tarafından reddedilmiştir. Başvurucunun bu karar üzerine yaptığı bireysel başvuruda ise Anayasa Mahkemesi, başvurunun konusunun Tahkim Kurulu tarafından verilen disiplin cezasına ilişkin olduğunu vurgulamış ve 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin 3. fıkrasında Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerin bireysel başvurunun konusu olamayacağı belirtilmesi sebebiyle, bireysel başvuruyu konu bakımından kabul edilemez bulmuştur.⁴²

Anayasa Mahkemesi bu kararında aldığı şekilci ve dar tutumunu spor tahkim kurullarının almış olduğu diğer kararlarda da devam ettirmiştir⁴³. Mahkeme doping kurallarını ihlal etmesi gerekçesiyle Atletizm Federasyonu tarafından ömür boyu müsabakalardan men edilen başvuru sahiplerinin⁴⁴ yapmış oldukları bireysel başvurularda aynı sonuca varmıştır.

Mahkeme, Öztürk Yazıcı kararında⁴⁵ tarafları olduğu futbol kulübünün maçları için sezonluk taraftar kartı (kombi bilet) alan başvuru sahibinin, takımına verilen seyircisiz maç oynama cezası nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiası ile yapılan başvuruyu da konu bakımından kabul edilemez bulmuştur. Mahkeme, başvurunun Türkiye Futbol Federasyonu Disiplin ve Tahkim kurulları kararlarından kaynaklandığını; bunun da futbol disiplin kurallarının uygulanması ile olduğu için Anayasa'nın 59. maddesinin yasakladığı alana girdiğini belirtmiş ve yukarıda da bahsedilen 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin 3. fıkrası uyarınca bu karara karşı bireysel başvuru yoluna gidilemeyeceğini belirtmiştir. Kanımızca burada da Anayasa'nın 59. maddesinin lafzi yorumuyla yetinilmiştir; çünkü başvuru sahibinin ihlal iddiası esasında seyircisiz maç izleme cezası sonucunda mahrum kaldığı ekonomik kayıplar sebebiyle mülkiyet hakkına müdahale edilmesine yöneliktir. Üstelik bu durum da Anayasa'nın 59. maddesinde yapılan değişikliklerle amaçlanan spor müsabakalarına ilişkin salt spor kaynaklı uyuşmazlıkların çabuk bir biçimde sonuçlandırılması hususu ile ilintili değildir. Mahkeme'nin esasında bir sözleşmeden kaynaklanan bu uyuşmazlığa "başvuru yollarının tüketilmediği" gerekçesiyle bir kabul edilemezlik kararı vermesi ise kanımızca daha doğru olurdu.

Nitekim Anayasa Mahkemesi, sözleşmeli olduğu kulüp tarafından sosyal güvenlik primleri yatırılmadığı gerekçesiyle ekonomik kayba uğrayan ve bu sebeple spor federasyonundan serbest transfer talebinde bulunarak reddedilen profesyonel voleybolcu başvuru sahibinin sosyal güvenlik hakkı ve eşitlik hakkının ihlaline ilişkin yapmış olduğu bireysel başvuruda⁴⁶, ihlal edildiği iddia edilen hakkın mülkiyet hakkının koruma alanında olduğunu tespit etmiş ve sözleşmeden kaynaklı uyuşmazlıklarla ilgili öncelikle ilk derece hukuk mahkemelerinde dava açılması gerektiğini vurgulamıştır⁴⁷. Mahkeme bu sebeple sosyal güvenlik primlerine ilişkin iddiayı "başvuru yollarının tüketilmemiş olması" gerekçesiyle kabul edilemez bulsa da başvuru sahibinin serbest transfer hakkından faydalanmamış olması gerekçesiyle yapmış olduğu kısmın ise "spor faaliyetlerinin yönetimine ilişkin" olduğunu belirtmiş⁴⁸ ve diğer başvurularda olduğu üzere başvurunun bu kısmının da "konu bakımından yetkisizlik" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

Mahkeme, doğrudan sportif faaliyetlerin icrası ile ilgili olmayan ifade özgürlüğü ihlali iddialarında dahi bu tutumunu sürdürmektedir. Recep Şükrü Ergün başvurusunda⁴⁹ Galatasaray Sportif AŞ.'nin sportif direktörü olan kişinin maç sonrasındaki demeçlerinden dolayı disiplin kurulundan 30 gün hak mahrumiyeti ve para cezasına çarptırılması ve TFF Tahkim Kurulu'nun bu cezayı onaylaması üzerine başvuru, ifade özgürlüğü ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştü; ancak AYM bu başvuruyu da diğer başvuru sahipleriyle aynı gerekçeye dayanarak konu bakımından kabul edilemez bulmuştur.⁵⁰

Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'nın 59. maddesine ilişkin aldığı bu kategorik tutum aslında anayasa hukukuna çok yabancı değildir: çünkü Mahkeme benzer şekilde Yüksek Seçim Kurulu (YSK)

⁴⁰ Bkz. AYM, 01.03.2012, E.2011/59, K. 2012/34.

⁴¹ AYM, Abdurrahman Akyüz, B.N. 2012/620, 12/2/2013.

⁴² AYM, Abdurrahman Akyüz, Knr. 20-21.

⁴³ Karşı görüş için bkz. AKBULUT, Lütfullah Yasin: "1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Bağımsız ve Tarafsız Mahkemeye Erişim Hakkı Bağlamında Tahkim", TAÜHFD/ZtdR, (2), 2020, s.126. Yazar da AYM gibi Anayasa'nın 59. maddesinin 3. fıkrası ve 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin 3. fıkrası hükümleri açısından sadece lafzi bir yoruma başvurmakta ve "spor tahkim kurullarının kararlarına karşı Anayasa Mahkemesine yapılacak bireysel başvuruların konu bakımından Anayasa Mahkemesinin incelemesi dışında kaldığını" kabul etmek gerektiğini belirtmektedir.

⁴⁴ Bkz. AYM, Ertan Hatipoğlu, B.N. 2015/1993, 18/4/2018.; aynı yönde bkz. AYM, Ziya Özel, B. N. 2015/1996, 10/5/2018.

⁴⁵ AYM, Öztürk Yazıcı, B.N. 2014/4549, 22/2/2017.

⁴⁶ AYM, Naz Aydemir, B.N. 2013/850, 19/12/2013.

⁴⁷ AYM, Naz Aydemir, Knr.21.

⁴⁸ AYM, Naz Aydemir Knr.28-29.

⁴⁹ AYM, Recep Şükrü Ergün, B. N. 2013/8256. Başvuru AYM'nin sitesinde yayınlanmamış olup başvuruya ilişkin bilgilere Prof. Dr. Burak Gemalmaz'ın konu ile ilgili yazdığı makalesinden erişilmiştir. Bu bilgiler için bkz. GEMALMAZ, Applicability of human rights standards, s.45.

⁵⁰ GEMALMAZ, Applicability of human rights standards, s.45.

kararlarının da Anayasa'nın 79. maddesi uyarınca başka hiçbir mercie başvurulamayacağını belirten hükmünü gerekçe göstererek YSK kararlarının da bireysel başvuru yoluna konu olamayacağını belirtmektedir⁵¹. Nitekim Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 79. maddesindeki "merci" kavramını oldukça geniş yorumlamakta ve salt lafzi yoruma bakarak YSK kararlarını da tıpkı Spor Tahkim Kurulu kararları gibi bireysel başvuru yoluna başvurulamayacak işlemler arasında saymaktadır⁵². Konu açısından özdeş olmasa da her iki işlem açısından yapılan başvurularda Mahkeme, anayasa koyucunun "başka bir (yargısal) mercie başvurularak" neyi amaçladığını tartışmamış; doğrudan kategorik olarak bu işlemleri kabul edilemez bularak; bu işlemlerin yol açtığı temel hak ihlallerinin ulusal düzlemde tartışılmasını olanaksız kılmıştır. Oysaki Ergül'ün⁵³ de belirttiği gibi amaçsal bir yorum yapıldığında şu sonucun ortaya çıkması oldukça olasıdır: Anayasa'nın 59. maddesinin sporun yönetimine ve disipline ilişkin işlemlerine karşı TFF Tahkim Kurulu dışında başka bir yargısal merci dışında başvurulmamasında amaçlananın, spor hukukunun kendine özgü uyumsuzluklarının spor müsabakalarını da etkileyecek şekilde maddi unsurlarının tartışılmasının ve bu süreçte de spora ilişkin bu uyumsuzlukların sürüncemede kalmasının engellenmesi olduğu açıktır⁵⁴. Ancak bu amaç işlem yapılırken kararda varılan sonuca dair gerekçelerin açık bir keyfilik de içererek başta adil yargılanma hakkı olmak üzere bir temel hak ve özgürlüğü ihlal edip etmediğinin denetlenmemesine de yol açmamalıdır. Nitekim bireysel başvurunun ikincilliği ilkesinin bizatihi kendisi, böyle bir sonuca varmaya çok müsaiptir; çünkü bireysel başvuru mekanizmasının bir "süper temyiz merci" olmadığı çeşitli kereler yüksek mahkemeler tarafından ortaya konmuştur⁵⁵.

Benzer bir sonuca Başkan ve Yeniay da⁵⁶ amaçsal yorum yaparak ulaşmaktadırlar. Yazarlar, Anayasa'nın 59. maddesinin yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerin, sadece Tahkim Kurulu'nun yapmış olduğu idari işlemler olduğunu; Tahkim Kurulu'nun yargısal nitelikteki kararlarına karşı bireysel başvuru yoluna gidilebilmesinin önünde ise bir engel bulunmadığını ileri sürmektedirler. Nitekim Anayasa Mahkemesi, Sayıştay kararlarına karşı bireysel başvuru yoluna gidilip gidilmeyeceğine ilişkin tartışmada benzer bir sonuca varmış ve Anayasa'nın 160. maddesine rağmen Sayıştay kararlarına karşı bireysel başvuru yoluna gidilebileceğine; çünkü Sayıştay kararlarının yargısal nitelikte olduğuna kanaat getirmiştir⁵⁷.

Kaldı ki tarihsel yorum da bizleri aynı sonuca ulaştırmaktadır. Gerek Anayasa değişikliği gerekçesine bakıldığında gerek Anayasa değişikliği metnine bakıldığında Anayasa'nın 59. maddesinde yapılan değişikliğin, o tarihte henüz uygulama alanı bulmamış olsa da bireysel başvuru mekanizmasını göz önünde bulundurmadığı açıktır.⁵⁸

Bu noktada Tahkim Kurulu kararlarının tamamen birer idari işlem olduğu kanaatine varan görüşler de olmakla beraber özellikle insan hakları hukuku açısından Tahkim Kurulu kararlarının geniş anlamda yargısal faaliyet olduğu⁵⁹ kanaatine varan görüşler de bulunmaktadır⁶⁰. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Kolgu/Türkiye⁶¹ kararından bu yana TFF Tahkim Kurulu'nun "yasayla kurulmuş bir

⁵¹ Bu durum, öğretilerde haklı olarak seçim hakkı gibi siyasal katılım haklarına ilişkin çok önemli kamu gücü işlemlerinin yargısal açıdan denetlenemeyeceği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bkz. GÖZTEPE, Ece: "Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikayeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi", TBB Dergisi, (95), 2011, s.28.

⁵² Aynı yönde bkz. ERGÜL, Ozan: "Sporda Zorunlu Tahkim-Bireysel Başvuru İlişkisi: Yargı Denetimi Dışında Bırakılan İşlemleri Dar Yorumlamak Mümkün Değil mi?" Anayasa Yargısı (AYAM), 32, 2015, s.77

⁵³ Bkz. ERGÜL, s.77

⁵⁴ ERGÜL

⁵⁵ Bu husustaki temel içtihat için bkz. AYM, Necati Gündüz ve Recep Gündüz, B.N. 2012/1027, 12/2/2013, Knr.26. Anayasa Mahkemesi bu kararda ayrımı şu şekilde ortaya koymaktadır:

"(...)Bu kapsamda, bireysel başvuruya konu davadaki olayların kanıtlanması, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması, yargılama sırasında delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi ile kişisel bir uyumsuzluğa derece mahkemeleri tarafından getirilen çözümün esas yönünden adil olup olmaması, bireysel başvuru incelemesinde değerlendirmeye tabi tutulamaz. Anayasada yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece ya da açıkça keyfilik içermedikçe derece mahkemelerinin kararlarındaki maddi ve hukuki hatalar bireysel başvuru incelemesinde ele alınmaz. Bu çerçevede, derece mahkemelerinin delilleri takdirinde açıkça keyfilik bulunmadıkça Anayasa Mahkemesinin bu takdire müdahalesi söz konusu olamaz (...)"

Alman öğretisinde de anayasa şikayetinin (bireysel başvuru) derece mahkemelerinin kararlarının incelendiği, süper temyiz merci olmayıp, sadece spesifik anayasa hukukunu esas alan temel hakların ihlal edilip edilmediğiyle sınırlı bir hukuki koruma olduğu ifade derece mahkemelerinin bu yönde görüş hakimdir. Bkz. SACHS, Michael: Verfassungsprozessrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2010, s.138.

⁵⁶ BAYKAN/YENİAY, s.155. Yazarlar aynı zamanda özgürlük lehine yorum ilkesinin de bu tezi desteklediği kanaatindedirler. Bilindiği üzere özgürlük lehine yorum ilkesinde (in dubio pre libertate) özgürlük esas alınarak, sınırlamalar dar anlamda bir yorum faaliyetine tabi tutulur ve şüphe halinde özgürlük öncelenir. Bkz. KANADOĞLU, Korkut/DUYGUN, Ahmet Mert: Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 2. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2021, s.40.

⁵⁷ AYM, Atilla İnan, B.N. 2012/615, 21/11/2013.

⁵⁸ ERGÜL, s.73.

⁵⁹ Benzer bir görüş AYM'nin başka kararlarında işlemleri yargı denetimine kapalı diğer organlar açısından ifade edilmiştir. Meslekten çıkarma hariç diğer kararları Anayasa (m. 159/10) tarafından yargı denetimine kapatılmış HSK ile ilgili başka bir kararda ise eski AYM üyesi Erdal Tercan, bu hükmün HSK kararlarına karşı idari yargıda dava açılmayacağı anlamına geldiğini belirtmiş ve buradan hareketle HSK'nın kararlarına karşı bireysel başvuruda bulunulamayacağı sonucunun çıkmayacağını belirtmektedir. Çünkü Tercan'a göre HSK bizatihi kendisi yargısal bir kurul olup, kendisi yargısal nitelikte kararlar vermekte, AİHM de "Olujic v. Hırvatistan" kararında HSK benzeri kurulun mahkeme niteliğinde bir kurum olduğunu kabul etmiş ve bu Kurul'un kararlarını adil yargılanma hakkı ihlaline ilişkin şikâyet kapsamında incelemiştir. Aynı yönde bkz. ŞİRİN, s.116.

⁶⁰ Bu tartışmalar için bkz. GÜNDOĞDU, s.149.

⁶¹ AİHM, Önder Deniz Kolgu v. Türkiye, B.N. 2935/07, 27/8/2013, Knr.40. Kararda AİHM, mahkeme kavramının sadece klasik türden ülkenin standart adli teşkilatlanması içerisinde bulunan bir mahkeme olarak algılanmaması gerektiğini yinelemekte ve bu kavramın özel konularda hüküm veren organları da içine aldığı belirtmiştir; meğerki bu organlar da AİHS'nin 6. maddesindeki teminatları sunsun. Bu noktada eğer tahkim yolu zorunlu olarak öngörülmekteyse bu durumda tahkimin de Sözleşme'nin 6. maddesindeki güvenceleri sağlaması zorunludur; aksi takdirde adil yargılanma hakkının ihlalinin gerçekleşeceği kuşkusuzdur.

mahkeme” (“tribunal established by law”) olduğu kanaatindedir⁶². Bu kanaatini mahkeme Ali Rıza ve Diğerleri/Türkiye kararında da tekrar etmiş ve yukarıda da belirttiği üzere TFF Tahkim Kurulu’nun bu sebeple AİHS’in 6. maddesindeki bağımsızlık ve tarafsızlık kriterlerini karşılamadığı sonucuna varmıştır.

TFF Tahkim Kurulu kararlarına karşı Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunabilmesini sağlayan bir başka yorum yöntemi ise tarihsel yorum yöntemidir. Gerçekten de 6214 Sayılı Anayasa Değişikliğinin gerekçesine bakıldığı zaman zorunlu Tahkim Kurullarının kararlarına karşı istinaf, temyiz, karar düzeltme gibi kanun yollarına başvurulamayacağı belirtilirken, temel hak ihlallerinin incelenmesi ile sınırlı ikincil ve istisnai bir yol da olsa hukuki bir çare olduğunda⁶³ kuşku bulunmayan Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvurunun hiçbir suretle zikredilmemiş olması; tali kurucu iktidarın spor tahkim kurulu işlemlerine karşı anayasa şikayetinde bulunulması imkanını ortadan kaldırmadığı şeklinde yorumlanmalıdır⁶⁴.

Çözüm önerisi olarak Ergül, 6216 sayılı Kanun’un 45. maddesinin üçüncü fıkrasında değişiklik yapılmasını ve “Spor disiplin hukuku nedeniyle zorunlu olarak tahkim yolu tüketildikten sonra Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunma hakkı saklıdır.” hükmünün eklenmesini önermektedir⁶⁵.

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi’nin sadece Anayasa’nın 59. maddesini dikkate alarak spor hukukuna ilişkin tüm bireysel başvuruları kategorik olarak reddetmesi, Mahkeme’nin başvurduğu anayasal yorum yöntemleri açısından da yetersiz gerekçelere dayanmaktadır. Çünkü Mahkeme, yargı denetimine kapalı olan diğer işlemler gibi spor tahkim kurullarının yargısal denetiminde de sadece lafzi (sözel) yoruma başvurmuş, tarihsel, sistematik, amaçsal yorum gibi diğer yorum yöntemlerinin hiçbirine başvurmamıştır⁶⁶.

Kanunun lafzi olarak bu kadar sözel yoruma tabi tutulması, Anayasa’nın 59. maddesinin amaçladığının aksine spor faaliyetlerinin yönetim ve denetimine tabi olmayan Tahkim Kurulu kararlarının da bireysel başvurunun konusunun denetiminin dışına çıkmasına yol açacaktır.

Diğer bir ifadeyle tahkim kurulu kararlarının yargı yoluna kapatılması ile mahkemeye erişim hakkı açısından yapılan müdahalenin spor disiplin hukuku ve sporun kapalılığı açısından meşru bir müdahale oluşturduğu ilk bakışta söylenebilir; spor disiplin hukukuna dahil olmakla beraber doğrudan spor karşılaşmalarının muhteviyatını etkilemeyecek bazı eylem ve işlemlere -örneğin bir sporcu ya da antrenörün ifade özgürlüğünü kullanması yahut salt sözleşmesel uyuşmazlıklar gibi- ilişkin verilen kararların da yargı denetimine kapatılması tehlikesini doğurmaktadır⁶⁷. Aşağıda bu tartışmalara değinilecek ve bu başvurular sonucunda AİHM’nin spor tahkim kurullarının yapısına ilişkin vermiş olduğu kararlar ve bu kararların doğurduğu adil yargılanma hakkı ihlallerini gidermek için yapılan kanun değişiklikleri aktarılacaktır.

IV. AİHM’NİN TFF TAHKİM KURULU’NUN YAPISINA İLİŞKİN VERMİŞ OLDUĞU KARARLAR VE BU KARARLARIN SPOR MEVZUATINA ETKİSİ

Yukarıda da belirtildiği üzere Anayasa’nın 59. maddesinde yapılan değişikliğin doğurduğu hukuki durum uygulamada sporcu ya da antrenörlerin spor müsabakası ile doğrudan bağıntı içinde olmayan ve ifade özgürlüğünün koruma alanında yer alan söz, demeç ve paylaşımları dahi haklarında disiplin süreci başlatılmasına⁶⁸ ve bu süreç sonunda verilen kararların yargı yoluna kapalı olması sonucunu doğurmaktadır. Nitekim bu husustaki bazı başvurular AİHM önüne de gelmiş, AİHM de TFF Disiplin Kurulu’nun sporcuların beyan yahut sosyal medya paylaşımlarından dolayı cezalandırılmasının ifade özgürlüğünün ihlali olduğuna hükmetmiştir. Örneğin Sedat Doğan⁶⁹ başvurusunda, Galatasaray teknik ekibinde yer alan başvuru, çıktığı televizyon programında TFF’nin Galatasaray futbolcusu olan iki futbolcunun Nelson Mandela’nın ölümü için Mandela’nın tişörtü taşıyan tişörtlerle seremoniye çıkmaları üzerine disipline sevk edilmelerini eleştirmiş ve özetle TFF’nin bu tutumunun kulüplerine karşı önyargılı olmalarından kaynaklandığını belirterek federasyonun istifasını talep etmiştir. Bunun üzerine başvuru TFF Disiplin Kurulu’na sevk edilmiş ve TFF Disiplin Kuralları gereğince “sportmenliğe yakışmayan davranışlarda” bulunduğu gerekçesiyle altı ay hak mahrumiyeti ve para cezasına çarptırılmıştır. Başvuru bunun üzerine sosyal medya platformu “Twitter” üzerinden TFF’yi eleştiren başka bir paylaşımda bulunmuş ve bu paylaşımı da yine 45 gün hak mahrumiyetine çarptırılmasına yol açmıştır. TFF Tahkim Kurulu ise bu kararları onamıştır. Deniz Naki başvurusunda⁷⁰ ise başvuru Deniz Naki, TFF. 1. Futbol Liginde mücadele etmekte olan Amed Sportif Faaliyetler Kulübü’nde forma giymektedir ve sosyal medya platformu “Facebook” üzerinden bazı açıklamalarda bulunmuştur. Bu açıklamalar üzerine disipline sevk edilen başvuru, TFF Disiplin Kurulunca, başvurusunun “ideolojik propaganda yasağını” ihlal ettiği gerekçesiyle

⁶² AİHM, Ali Rıza ve Diğerleri v. Türkiye, B.N. 30226/10, 28/1/2020, Knr.204.

⁶³ Usul hukuku açısından ise öğretide bireysel başvurunun temel hak ve temel hak benzeri hakların korunması için kendine özgü hukuki bir çare olduğu; olağanüstü bir kanun yolu olmadığı vurgulanmaktadır. Bkz. PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 9. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s.644.

⁶⁴ Aynı yönde bkz. BAYKAN/YENİAY, s.161. Karşı yönde bkz. ERGÜL, s. 73. Yazar, spor disiplin hukukuna ilişkin süreçlerde hak ihlalleri yaşanabileceğinin 6214 Sayılı Kanun ile gerçekleşen anayasa değişikliği sürecinde hiçbir şekilde gündeme getirilmediğini ve getirilen düzenleme nedeniyle o gün için anayasa metninde yer alan bireysel başvuru yolundan spor insanlarının yararlanma olanağı da öngörülmediğini belirtmektedir.

⁶⁵ ERGÜL, s.78.

⁶⁶ Aynı yönde bkz. BAYKAN/YENİAY, s.140. Anayasal yorum yöntemlerine ilişkin bkz. ODER, Bertil Emrah, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Beta Yayıncılık, İstanbul 2010.

⁶⁷ Aynı yönde bkz. ERGÜL, s.74.

⁶⁸ Ergül, s.74.

⁶⁹ AİHM, Sedat Doğan v. Türkiye, B.N. 48909/14, 18/5/2021.

⁷⁰ AİHM, Naki ve Amed Sportif Faaliyetler Kulübü Derneği v. Türkiye, B.N. 48924/16, 18/5/2021.

12 maç forma giymeme ve para cezasına çarptırılmıştır. Başvurucunun bu ceza üzerine TFF Tahkim Kurulu'na yaptığı itiraz da reddedilmiştir. Son olarak İbrahim Tokmak başvurusunda⁷¹ ise hakemlik yapan başvuru, Suudi Arabistan'da otel odasında vefat eden ve ölüm nedeninin cinsel uyarıcı ilaçlara bağlı olarak kalp krizi olduğu yönünde iddialar olan bir köşe yazarı hakkındaki sosyal medya paylaşımları sebebiyle TFF Futbol Disiplin Kurulu tarafından üç ay hak mahrumiyeti cezasına çarptırılmış ve TFF Futbol Tahkim Kurulu bu kararı onaylamıştır.

AİHM, başvurularda daha önce Ali Rıza ve diğerleri kararına atıfla TFF Tahkim Kurulu'nun bağımsız ve tarafsız bir mahkeme olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmiş ve Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Doğrudan sportif faaliyetle ilgili olmayan ancak ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'e yapılan bir başvuruda benzer iddiaların⁷² Gençlik ve Spor Hizmetleri Genel Müdürlüğü açısından da yapıldığına rastlamak mümkündür. Söz konusu başvuruda AİHM, yoga eğitmeni sertifikası olan başvuru henüz yoga sertifikası sahibi değilken yapmış olduğu konuşma yüzünden üstelik konuşma yapıldığı sırada henüz yürürlükte olmayan Disiplin Talimatı (Amatör Spor Dalları Ceza Yönetmeliği) hükümlerine dayanarak Türkiye Herkes İçin Spor Federasyonu tarafından cezalandırılmasının ve bu cezanın Spor ve Gençlik Müdürlüğü Tahkim Kurulu tarafından onanmasının "kanunilik" ölçütünü karşılamadığı gerekçesiyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine hükmetmiştir⁷³. Bununla beraber Mahkeme, başvuru henüz Gençlik ve Spor Bakanlığı bünyesindeki Tahkim Kurulu'nun "bağımsız ve tarafsız" olmadığına ilişkin şikâyetinin ise incelemeye gerek olmadığı kanaatine varmıştır⁷⁴. Halbuki "Ali Rıza ve Diğerleri" kararında TFF Tahkim Kurulu'nun tarafsız ve bağımsızlığına ilişkin yapılan tespitler Bakanlık bünyesindeki Spor Tahkim Kurulu için de geçerli olup⁷⁵ bu hususta bir tespit de en azından bu tahkim kurullarına ilişkin aşağıda anlatacağımız kanun değişikliklerinde yer bulmaları açısından oldukça önem arz edebilirdi.

Nitekim "Ali Rıza ve Diğerleri"⁷⁶ kararına⁷⁷ konu olan olay da esasında sportif bir hizmet sözleşmesine ilişkindir. Kararda başvuru Ömer Kerim Ali Rıza, profesyonel bir futbolcudur ve Trabzonspor Futbol Kulübü Derneği ile aralarında bir hizmet sözleşmesine bağlı olarak uyumsuzluk bulunmaktadır. Başvurucunun bu sözleşmeyi feshetmesinden kaynaklı olan uyumsuzlukta Uyumsuzluk Çözüm Kurulu, başvuru sözleşmeyi haksız feshettiğine kanaat getirerek kısmi olarak davalı kulübün taleplerinin kabulüne karar vermiştir. Uyumsuzluk Çözüm Kurulu, ayrıca dört ay boyunca başka bir kulüple sözleşme imzalamasını yasaklamıştır. Başvurucunun buna karşı TFF Tahkim Kurulu'na yapmış olduğu itiraz ise Tahkim Kurulu tarafından reddedilmiş; başvuru bunu takiben başvurduğu İsviçre'deki Spor Tahkim Yargılaması ve İsviçre Federal Mahkemesi'nden de sonuç alamaması üzerine AİHM'e bireysel başvuruda bulunmaktan başka çaresi kalmamıştır.

Kararın şüphesiz en önemli vurgusu yukarıda da belirtildiği üzere AİHM'nin Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun AİHS madde 6 kapsamında bağımsız ve tarafsızlık unsurlarını ihtiva edip etmediğine ilişkin sonunda vardığı sonuçta yer almaktadır. Mahkeme, Tahkim Kurulu üyelerinin atanması hususunda TFF Yönetim Kurulu üyelerinin sınırsız bir yetkisi olduğunu; ancak bunun dahi tek başına Kurul'un bağımsız olmadığını tespit etmeye yetmeyeceğini belirtmiş; özellikle Genel Kurul ve Yönetim Kurulunun yapısına ayrıntılı olarak değinmiştir⁷⁸. Bu noktada Mahkeme, eski hakem ya da eski futbolcuların aksine çoğunlukla eski kulüp yöneticilerinin bu organlarda görev aldığını; bunların da çoğunlukla kulüplerin çıkarlarını savunan kişiler olduğunu ifade etmektedir. Mahkeme, bununla birlikte Tahkim Kurulu üyelerinin görev süresinin TFF Yönetim Kurulu üyelerinin süresi ile özdeş olmasını, göreve başlarken tarafsızlık ve bağımsızlık üzerine yemin dahi etmiyor olmalarını⁷⁹ da Kurul'un tarafsızlık ve bağımsızlık açısından güvencelerden yoksun olduğu konusunda önemli bulgular olarak ele almıştır⁸⁰. Özetle AİHM, Sözleşme'nin 6. maddesi ışığında başvuranların Tahkim Kurulu üyelerinin kendi dosyalarına gerekli düzeyde bağımsız ve tarafsız bir şekilde yaklaşabileceklerinden kuşku duymak için meşru gerekçelere sahip olduklarını belirterek gerek başvuru Ömer Kerim Ali Rıza gerek ise diğer başvurular açısından Sözleşme'nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma haklarının ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme ayrıca Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca ihlale yol açan yapısal sorunların giderilmesine, diğer bir ifadeyle

⁷¹ AİHM, İbrahim Tokmak v. Türkiye, B. N. 54540/16, 18/5/2021.

⁷² AİHM, A.M. v. Türkiye, B. N. 67199/17, 19/10/2021.

⁷³ AİHM, A.M. v. Türkiye, Knr.36.

⁷⁴ AİHM, A.M. v. Türkiye, Knr.43.

⁷⁵ Bkz. GEMALMAZ, Burak: "TFF Tahkim Kurulunun Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Meselesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ali Rıza ve Diğerleri v. Türkiye Kararı", Lexpera Blog, (Ali Rıza ve Diğerleri) <https://blog.lexpera.com.tr/tff-tahkim-kurulunun-bagimsizligi-ve-tarfsizligi-meselesi>, (Erişim: 21.08.2023)

⁷⁶ AİHM, Ali Rıza ve Diğerleri v. Türkiye, B. N. 30226/10, 28/1/2020.)

⁷⁷ Kararın özeti ve bu husustaki önemli bir değerlendirme için bkz. GEMALMAZ, Ali Rıza ve Diğerleri.

⁷⁸ AİHM, Ali Rıza ve Diğerleri v. Türkiye, Knr.210.

⁷⁹ AİHM, Ali Rıza ve Diğerleri v. Türkiye, Knr.212.

⁸⁰ Mahkeme, Tahkim Kurulu üyelerinin ödeneklerinin TFF Yönetim Kurulu üyeleri tarafından karşılanıyor olması hususuna ilişkin ise bu tür kurulların yalnızca mali düzenlemeleri nedeniyle bağımsızlık ve tarafsızlıktan yoksun olduğunun söylenemeyeceğini belirtmektedir. Bkz. AİHM, Ali Rıza ve Diğerleri v. Türkiye, Knr.214. Ancak Burak Gemalmaz bu hususun bir kanun değişikliği ile üyelerin huzur haklarının TFF dışından temin edildiği, bütçesi ortak bir havuzdan ve devletten karşılanacak gerçek bir tahkim kurulu yapısının oluşturulmadığı takdirde ileride AİHM tarafından başka ihlal kararlarının gelmesinin olası olduğunu haklı olarak belirtmektedir. Bkz. GEMALMAZ, Burak: "AİHM Başkanı Spano Türkiye'ye Geliyor, Türkiye Futbol Federasyonu AİHM'in Arkasından Dolanıyor", Lexpera Blog, (AİHM Başkanı) <https://blog.lexpera.com.tr/aihm-baskani-spano-turkiyeye-geliyor-tff-aihm-in-arkasından-dolanıyor> (Erişim: 21.08.2023)

“TFF bünyesindeki futbol uyumsuzluklarının çözüme kavuşturulmasına ilişkin sistemi ıslah etmeye yönelik birtakım genel tedbirler alınmasına” hükmetmiştir⁸¹.

Bu kararlar üzerine AİHM kararlarının gereğini yerine getirmek amacıyla önce TFF Genel Kurulunca TFF Statüsü'nün 35, 37, 54, 55, 59 ve 61. maddelerinde değişiklikler yapılmış ve bu değişiklikler 11 Ağustos 2021 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır⁸². Bu değişiklikler ile TFF Tahkim Kurulu üyelerine göreve başlamadan önce tarafsızlık ve bağımsız karar vereceklerine üzerine yemin etme yükümlülüğü getirilmesi, TFF Başkanının Tahkim Kurulu'na üye atama yetkisinin kaldırılması ve üyelerin dosyadan çekilme hakkının tanınması gibi AİHM kararlarında ihlale yol açan bazı hususların düzenlendiği görülmekte olsa da esasında bu değişiklikler Mahkeme'nin ihlal tespitine ilişkin gerekçelerinde ortaya koyduğu öze uygunluğu sağlayamamıştır⁸³. Bu tespit özellikle aşağıda belirtilen kanun değişiklikleri incelendiğinde daha açık bir şekilde somutlaştırılabilecektir.

Bu Statü değişikliğini takiben 7405 Sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu'nda Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'na ilişkin benzer yönde değişiklikler yapılmıştır; ancak bu değişiklikler de AİHM kararlarında ihlal tespitinde bulunulmasına yol açan yapısal sorunları gidermekten öte şekli bazı düzenlemelerle sınırlı kalmıştır⁸⁴. Kanun ile TFF Kanununun 6. maddesinde değişiklik yapılarak; TFF Başkanının Tahkim Kurulu üyelerinin seçimindeki teklifte bulunma yetkisi kaldırılmakla beraber, Tahkim Kurulu üyelerinin TFF Yönetim Kurulu üyeleri tarafından seçilmesi usulü muhafaza edilmiştir. Bununla beraber yine TFF Kanun'un 6. maddesinin 2. fıkrasında yapılan değişiklikle TFF Tahkim Kurulu üyelerine göreve başlarken “görevlerini tarafsız ve bağımsız yerine getireceklerine dair yemin etmeleri” ve “görevlerini bağımsız ve tarafsız yerine getirmelerinin önünde bir engel olmadığına dair beyanda bulunmalarına” yönelik bir yükümlülük getirilmiştir. Bu yükümlülüklerin de tek başına TFF Tahkim Kurulu üyelerinin görevlerini bağımsız ve tarafsız biçimde yerine getirmesi için gerekli bir güvenceyi sağlamadığı açıktır⁸⁵. Son olarak TFF Tahkim Kurulu üyelerinin görev süresinin TFF Yönetim Kurulu'nun görev süresinden bağımsız olarak 4 sene olarak belirlenmesi ise, TFF Yönetim Kurulu'nun da görev süresinin 4 sene olduğu düşünüldüğünde sadece TFF Yönetim Kurulu'nun istifa gibi bir nedenle görevinin daha erken bir şekilde sonlanması durumunda anlam teşkil edecektir⁸⁶.

Benzer biçimde AİHM tarafından tespit edilmiş adil yargılanma hakkı ihlallerinin dahi Türk hukuku içerisinde denetlenmesi olanaksızdır. AİHM, Chelsea oyuncusu Adrian Mutu'nun FIFA tarafından tazminata mahkum edilmesini ve Alman vatandaşı patenci Claudia Pechstein'in dopingli olduğu gerekçesiyle Uluslararası Paten Birliği tarafından men cezası almasını CAS'a taşınmaları ve başarısız olmalarının ardından her iki sporcu tarafından yapılan bireysel başvurulara⁸⁷, CAS'ın yargı yetkisinin AİHS 6. madde kapsamında “mahkeme” kavramının niteliklerini taşıdığı ancak somut başvurulardan Pechstein'a ilişkin olan vakada başvuru talebine karşın açık duruşma yapılmamış olmasının adil yargılanma hakkı ihlali anlamına geldiğine hükmetmiştir⁸⁸. Oysaki TFF Statüsü'nün bizatihi kendisi açık duruşma yapılmasına ilişkin bir madde barındırmamakta⁸⁹ ve sadece Tahkim Kurulu'nun lüzum gördüğü halde ilgilileri davet edip dinleyeceğine dair bir hükme yer vermektedir⁹⁰. Yine Tahkim Kurulu 11. maddesinin 2. fıkrası da esas olanın dosya üzerinden inceleme yapılması olduğunu belirtmektedir⁹¹.

⁸¹ AİHM, Ali Rıza ve Diğerleri v. Türkiye, Knr. 242.

⁸² RG: 11.08.2011; 31565.

⁸³ Bu eleştirilerin daha henüz Statü değişiklikleri taslak halindeyken yapıldığı bir yazı için bkz. GEMALMAZ, AİHM Başkanı.

⁸⁴ Aynı yönde detaylı bir inceleme için bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, s.102.

⁸⁵ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s.104. Yazar, bu noktada özellikle “tarafsızlık ve bağımsızlık beyanı” açısından olağan tahkim yargılamasındaki hakemler ile TFF Tahkim Kurulu üyelerinin statüsündeki farka dikkat çekmekte ve olağan tahkimde hakemlerin somut bir uyumsuzluk için böyle bir beyanda bulunduğu oysaki TFF Tahkim Kurulu üyelerinin hangi uyumsuzluk hakkında karar vereceğini bilmeden böyle bir beyanda bulunmasının hiçbir anlam ifade etmediğini belirtmiştir. Özdemir Kocasakal bununla beraber olağan tahkim yargılamasında tarafların hakemi reddetmesinin mümkün olduğunu oysaki bu olanağın TFF Tahkim Kurulu üyeleri için bu olanağın mevcut olmadığını da vurgulamaktadır.

⁸⁶ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s.106.

⁸⁷ Bkz. AİHM, Mutu ve Pechstein v. İsviçre, B.N. 40575/10 ve 67474/10, 02/10/2018. Kararla ilgili değerlendirme için bkz. MÖLÜ, Benan: “İHAM: Spor Tahkim Mahkemesi (CAS) tarafsız ve bağımsız bir mahkeme ancak duruşmaların aleni olmaması adil yargılanma hakkı ihlali”, <https://anayasagundemi.com/2018/10/05/iham-spor-tahkim-mahkemesi-cas-tarafsiz-ve-bagimsiz-bir-mahkeme-ancak-durusmalarin-aleni-olmaması-adil-yargılanma-hakki-ihlali/>, (Erişim: 21.08.2023)

⁸⁸ Mahkeme, Pechstein'in doping kullanımına ilişkin iddianın kamusal bir önem taşıdığını ve bu kamusal önemi haiz iddianın tartışılması için açık duruşmanın bir gereklilik olduğunu belirtmiştir. Bu karar, Alman hukukunda da yoğun bir biçimde tartışılmıştır. Bu hususta bkz. ADOPHSEN, Jens: “Sport, Spiel und Schiedszwang: Zum Pechstein-Urteil des Bundesverfassungsgerichts”, VerfBlog, 2022/7/15.

⁸⁹ Nitekim yukarıda bahsedilen AİHM'in “Ali Rıza ve Diğerleri” kararında başvuruculardan biri olan Serkan Akal'ın Tahkim Kurulunda duruşmalı yargılama yapma talebinin reddedilmesi ile Merkez Hakem Kurulu'nun (MHK) beyanlarına karşı kendi beyanlarını sunmak için MHK beyanlarının kendisine verilmesini talebinin reddedilmesi konusunda yapmış olduğu şikâyet, AİHM tarafından incelenmemiş ve bu husus öğretilde haklı olarak eleştirilmektedir. Bkz. GEMALMAZ, Ali Rıza ve Diğerleri. Kolgu kararında ise Mahkeme, kamuya açık duruşma yapılmamış olmasını, gizli yapılan duruşmada tarafların sözlü savunmalarını sunabildiklerini gözlemlediği için adil yargılanma hakkı ihlali olarak nitelendirmemiştir. Bkz. AİHM, Önder Deniz Kolgu v. Türkiye, Knr. 45. Karşılaştırılmalı ulusal hukuka bakıldığı zaman ise tahkim açısından dahi olsa Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin “mahkeme önünde dinlenilme hakkını” en temel hak (Urrecht) olarak nitelendirdiği görülmektedir. Bkz. STEINER, Das Verhältnis, s.2.

⁹⁰ GÜNDOĞDU, s.162.

⁹¹ Bu konuda anonimleştirilmiş bir tahkim kurulu kararı için bkz. Tahkim Kurulu, [...], E. 2022/[...], K. 2022/[...]. <https://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/Tahkim%20Kurulu%20Gerekceli%20Kararlari/142-%20Anonimle%20Ftirilmi%20%9F.pdf>, (Erişim: 21.08.2023)

V. SONUÇ YERİNE

Anayasa Mahkemesi'nin norm denetimi yolunda vermiş olduğu kararlar ve sonrasında Anayasa'nın 59. maddesinde 2011 senesinde yapılan değişiklik bile adil yargılanma hakkı kapsamındaki eleştirileri sonlandırmamıştır. Bu eleştirilere usul yönünden yaklaşanlar, AYM kararının etkisizleştirilmesi amacıyla yapılan bu tür değişikliklerin anayasal kültürü zayıflatarak, anayasa mahkemelerinin otoritesini sarsacağını ve bunun da nihayetinde anayasaya saygının azalmasına yol açabileceğini belirtmektedirler⁹². Bununla beraber esas açısından da bu Anayasa değişikliğinin sonucunda 59.maddenin esas açısından da bizatihi hak arama hürriyetini kısıtlayan bir Anayasa hükmü olarak Anayasa'ya aykırılık oluşturduğu da belirtilmektedir⁹³.

Bu kısa çalışmada ortaya konan sorunlar ışığında bazı çözüm önerilerinde bulunmak gerekmektedir. Bunlardan birincisi TFF teşkilatlanmasına ilişkindir. Gerek öğretide daha evvel ortaya konmuş eleştiriler⁹⁴ gerekse de yukarıda da aktarılmış olan AİHM'nin neredeyse istikrar kazanmış içtihadı dikkate alınarak TFF Tahkim Kurulu başkanı ve üyelerinin TFF Yönetim Kurulu üyeleri tarafından atanma usulünden vazgeçilmelidir. Bu noktada Tahkim Kurulu üyelerinin görev süresinin TFF Yönetim Kurulu ile "gerçek anlamda" farklı kılınarak; üyelerin TFF Genel Kurulu tarafından seçilmesi daha güvenceli bir sistem oluşturabilir. Yine uyumsuzluklara bakacak olan Tahkim Kurulu üyelerinin sabit kişiler olması usulü yerine; tarafların kendilerinin belirli bir hakem havuzundan hakemleri seçebildiği olağan tahkim usulünün benimsenmesi de yine başka bir öneri olarak düşünülebilir⁹⁵. Şüphesiz bu önerilerin gerçekleşmesinin de şu ana kadar olduğu biçimde TFF Statüsü ile değil şekli anlamda bir kanun ile yani parlamentonun çıkardığı bir yasa ile⁹⁶ yapılması gerekmektedir. İkinci husus ise Spor Tahkim Kurulu kararlarına karşı Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yoluna gidilememesinden kaynaklı sorunlardır. Bu noktada Mahkeme'nin Anayasa'nın 59. maddesi ve 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin 3. fıkrasını dar yorumlamaktan vazgeçip; spor tahkim kurulu kararlarına karşı bireysel başvuru yolunun açık olmasını mümkün kılması gerekmektedir. AYM bu hususta bir içtihat değişikliği yapmaz ise bu sefer kanun koyucunun harekete geçip 6216 sayılı Kanun'un Anayasa'nın 148. maddesine de kanımızca aykırı olan 45. maddesinin 3. fıkrasını değiştirmesi gerekmektedir. Böylece sporcuların ifade özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiaları gibi sportif faaliyetlerin özü ile çoğunlukla kesişmeyen hak ihlali tartışmalarının da AYM atlanarak evvela AİHM'in önüne taşınması da gerekmeyecektir. Üstelik hepsinden de önemlisi spor tahkim kurulu kararlarına ilişkin AİHS m.13 bağlamında etkili bir başvuru yolu olmaması sebebiyle yeni hak ihlalleri de söz konusu olmayacaktır⁹⁷.

KAYNAKÇA

- ADOPHSEN, Jens: "Sport, Spiel und Schiedszwang: Zum Pechstein-Urteil des Bundesverfassungsgerichts", VerfBlog, 2022/7/15, <https://verfassungsblog.de/sport-spiel-und-schiedszwang/> (Erişim: 21.08.2023)
- AKBULUT, Lütfullah Yasin: "1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Bağımsız ve Tarafsız Mahkemeye Erişim Hakkı Bağlamında Tahkim", TAÜHFD/ZtdR, (2), 2020, s.97-144.
- AYANOĞLU, Taner: "Spor Faaliyetleri Üzerinde Devletin Yetkileri ve Spor Federasyonları", in Özdemir Kocasakal, Hatice (ed.), Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu'nun Çeşitli Hukuk Disiplinleri Açısından Değerlendirilmesi, Legal Yayınevi, İstanbul 2022, s.83-93.
- BAYKAN, Metin/YENİAY, Lokman: "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Bağlamında Spor Tahkim Kurallarının Kararları", İzmir Barosu Dergisi, (3), 2019, s.137-164.
- BİLGİN, Çağlar: "Türk Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi Yolu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1(3), Eylül 1988, s.350-376.
- ERGÜL, Ozan: "Sporda Zorunlu Tahkim-Bireysel Başvuru İlişkisi: Yargı Denetimi Dışında Bırakılan İşlemleri Dar Yorumlamak Mümkün Değil mi?" Anayasa Yargısı (AYAM), 32, 2015, s.67-78.
- GEMALMAZ, Burak: "Applicability of human rights standards in Turkish football arbitration: The contribution of the European Court of Human Rights", The International Sports Law Journal, (19), 2019, s.38-58.
- GEMALMAZ, Burak: "TFF Tahkim Kurulunun Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Meselesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ali Rıza ve Diğerleri v. Türkiye Kararı", Lexpera Blog, <https://blog.lexpera.com.tr/tff-tahkim-kurulunun-bagimsizligi-ve-tarafsizligi-meselesi> (Erişim Tarihi:21.08.2023)
- GEMALMAZ, Burak: "AİHM Başkanı Spano Türkiye'ye Geliyor, Türkiye Futbol Federasyonu AİHM'in Arkasından Dolanıyor", Lexpera Blog, <https://blog.lexpera.com.tr/aihm-baskani-spano-turkiyeye-geliyor-tff-aihm-in-arkasından-dolanıyor> (Erişim: 21.08.2023)
- GÖZTEPE, Ece: "Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikayeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi", TBB Dergisi, (95), 2011, s.13-40.
- HEERMANN, Peter W.: "Freiwilligkeit von Schiedsvereinbarungen in der Sportsgerichtsbarkeit", SchiedsVZ, (2), 2014, s.66-79.

⁹² Bkz. KARAN, Ulaş: Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası- Norm Denetimi İle Bireysel Başvuru Usulünde Verilen Kararlar Özelinde Bir İnceleme, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s.162-163. Aynı önde bkz. ÜLGEN, Özen: Anayasa Yargısında İptal Kararlarının Etkileri, On İki Levha Yayıncılık, Nisan 2016, s.181. Yazar, hukuk devleti ilkesi ve kişi hakları açısından bir kayıp olarak nitelendirdiği bu anayasa değişikliğinin son dönemlerde tüm siyasal partilerin uzlaşmasıyla yapılan tek anayasa değişikliği olduğunu da kayda geçirmektedir.

⁹³ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s.119.

⁹⁴ KANADOĞLU, s.41.

⁹⁵ Aynı yönde bkz. GEMALMAZ, Applicability of human rights standards, s.57.

⁹⁶ Bu hususta en makul yol 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un Tahkim Kurulu'nu düzenleyen 6. maddesinde bir değişiklik yapmak olacaktır.

⁹⁷ Bu tespit için bkz. İNCEOĞLU, Sibel: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru- Türkiye ve Latin Modelleri, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s.221.

- İNCEOĞLU, Sibel: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru- Türkiye ve Latin Modelleri, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- KALELİOĞLU, Cem: "Domestic sports arbitration in Turkey: creting a sui generis sporting jurisdictional order Alla Turca", International Sports Law Journal, (17), 2017, s.33-48.
- KANADOĞLU, Korkut: "Sporda Tahkime İlişkin Anayasal Gelişmeler", Hukuk Defterleri, (14), Temmuz/Ağustos 2018, s.40-44.
- KANADOĞLU, Korkut/DUYGUN, Ahmet Mert: Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 2. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2021.
- KARAN, Ulaş: Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası- Norm Denetimi İle Bireysel Başvuru Usulünde Verilen Kararlar Özelinde Bir İnceleme, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- ODER, BERTİL EMRAH: Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Beta Yayıncılık, İstanbul 2010.
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice: Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu'ndaki Değişiklikler Işığında Spor Tahkim Kurulları, Özdemir Kocacakal, Hatice (ed.) Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu'nun Çeşitli Hukuk Disiplinleri Açısından Değerlendirilmesi, Legal Yayınevi, İstanbul 2022, s.105-122.
- MEMİŞ KARTAL, Pınar: "Bir Hak Olarak Spor Faaliyeti", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, (26)2, 2020, s.537-570.
- MONHEIM, Dirk: Sportlerrechte und Sportgerichte- im Lichte des Rechtsstaatsprinzip- auf dem Weg zu einem Bundessportgericht, München 2006.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 9. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- SACHS, Michael: Verfassungsprozessrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.
- STEINER, Udo: Der Sport als Gegenstand des Verfassungsrechts, SpuRt2008
- STEINER, Udo: Das Verhältnis von Schiedsgerichtsbarkeit und staatlicher Gerichtsbarkeit., SpuRt 2014
- ŞİRİN, Tolga: Bireysel Başvuru Usul Hukuku- Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-7, Avrupa Konseyi, 2018.
- ÜLGEN, Özen: Anayasa Yargısında İptal Kararlarının Etkileri, On İki Levha Yayıncılık, Nisan 2016.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Ahmet Mert DUYGUN, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Ahmet Mert DUYGUN, who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that he complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnULR in all processes of the paper and that he does not make any falsification of the data collected. In addition, he declares that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.

TÜRK MÜLTECİ HUKUKUNDA COĞRAFİ SINIRLAMANIN KALDIRILMASI

REMOVING THE GEOGRAPHICAL LIMITATION IN TURKISH REFUGEE LAW

Salimya GANIYEVA *  

Makale Bilgi

Gönderi: 14/04/2023
Kabul : 01/12/2023

Anahtar Kelimeler

*Türk Mülteci Hukuku,
Coğrafi Sınırlama,
1951 Tarihli
Konvansiyon,
1967 Tarihli Protokol,
6458 Sayılı YUKK.*

Article Info

Received: 14/04/2023
Accepted: 01/12/2023

Keywords

*Turkish Refugee Law,
Geographical Limitation,
1951 Convention,
1967 Protocol,
YUKK No. 6458.*

Özet

ID:21492/inuhfd.1283261 

Günümüzde mülteci hukukunun temelini Türkiye'nin de taraf olduğu 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Konvansiyon oluşturmaktadır. 1951 tarihli Konvansiyonun 1. maddesinde "mülteci" tanımlanmış ve tanımda "1 Ocak 1951'den önce cereyan eden olaylar..." şeklinde tarihe ilişkin sınırlamaya yer verilmiştir. Konvansiyonun 1/B-1(a). maddesinde de coğrafi mekân bakımından akit devletlere sınırlama getirme hakkı tanınmış ve "mülteci" statüsünün yalnızca 1 Ocak 1951'den önce "Avrupa'da meydana gelen olaylar" ile sınırlanabileceği belirtilmiştir. Cenevre Konvansiyonu'nun zaman ve coğrafi mekân sınırlaması ile kabul edilmesi birçok kişinin mağduriyetine yol açmıştır. Zira "mülteci" statüsünü belirleyen kriter ve olaylar 1 Ocak 1951'den sonraki tarihlerde de meydana gelmeye devam etmiştir. Bu acı gerçeğin dikkate alınması sonucunda, 1967 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Protokol imzalanmış ve tarihe ilişkin sınırlama kaldırılmıştır. Türkiye, 1951 tarihli Cenevre Konvansiyonu'na taraf olurken, akit devletlere tanınan sınırlama koyma hakkını kullanmış ve mülteci statüsünün tanınması bakımından tarihe ilişkin sınırlamanın yanı sıra, coğrafi sınırlamayı da uygulamaya koymuştur. Ancak 1968 yılında Türkiye'nin de Protokolü imzalamasının ardından tarihe ilişkin sınırlama önemini kaybettiyse de, coğrafi sınırlamanın uygulanmasına günümüzde de devam edilmektedir. Fakat bu durum Türk mülteci hukukunda uygulanan coğrafi sınırlamanın kaldırılmasına ilişkin tartışmaları da beraberinde getirmiş ve hatta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) kararına da konu olmuştur. Konunun güncelliği nedeniyle çalışmamızda, coğrafi sınırlamanın uygulanması ve bu uygulamanın kaldırılması sorunu irdelenecektir.

Abstract

Nowadays, the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees, to which Turkey is also a party, constitutes the basis of refugee law. In the 1st article of the 1951 Convention, "refugee" is defined and the definition includes a limitation on history as "events that took place before 1 January 1951..." In Article 1/B-1(a) of the Convention, the contracting states are granted the right to impose restrictions in terms of geographical space, and it is stated that the "refugee" status can only be limited to "events occurring in Europe" before 1 January 1951. The adoption of the Geneva Convention with the limitation of time and geographical space led to the grievances of many people because the criteria and events determining the "refugee" status also continued to occur after 1 January 1951. As a result of this harsh reality being taken into account, the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees was signed, and the temporal limitation was removed. When Turkey became a party to the 1951 Geneva Convention, it used its right to impose restrictions granted to the contracting states and implemented the geographical limitation along with the temporal limitation in terms of the recognition of refugee status. However, although the temporal limitation lost its importance after Turkey signed the Protocol in 1968, the geographical limitation continues to be applied today. However, this situation has brought about discussions on the removing of the geographical limitation applied in Turkish refugee law and has even become the subject of a decision of the European Court of Human Rights (ECHR). Due to the subject's topicality, the application of the geographical limitation and the issue of the removing of this application will be addressed in our study.

 Bu eser [Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır.

* Doç.Dr. Atatürk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | Cite As: GANIYEVA, Salimya, "Türk Mülteci Hukukunda Coğrafi Sınırlamanın Kaldırılması", İnÜHFD, 14(2), 2023, s.568-582. İntihal | Plagiarism: Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

Asylum and refuge, which are among the current issues of our time, have been the subject of regional and international documents prepared on different dates. The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees (Geneva Convention), known as the Constitution of refugee law, and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees (Protocol) are the most important of these documents.

"Refugee" is defined in article 1/A of the 1951 Geneva Convention as follows: "Any person who, as a result of events occurring before 1 January 1951 and owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it." As is understood from the provision, the recognition of "refugee" status is subject to a temporal limitation, and the definition includes the phrase "as a result of events occurring before 1 January 1951...".

In addition to the temporal limitation, the contracting parties were given the authority to impose restrictions in terms of geographical space. Accordingly, pursuant to article 1/B-1(a) of the Geneva Convention, each Contracting State shall, at the time of signature, ratification, or accession, make a declaration on the statement "events occurring in Europe before 1 January 1951" or "events occurring in Europe or elsewhere before 1 January 1951," specifying the scope of that statement, and fulfill the obligations of the Convention under this limitation. However, the adoption of the Geneva Convention with the limitation of time and geographical space led to the grievances of many people because the criteria and events included in the definition of "refugee" also continued to occur after 1 January 1951. As a result of this situation being taken into account, the Protocol Relating to the Status of Refugees was signed in 1967, and the temporal limitation was lifted.

When Turkey became a party to the 1951 Geneva Convention, it benefited from the right to impose restrictions granted to the contracting states and implemented the geographical limitation along with the temporal limitation. However, although the temporal limitation lost its importance after Turkey's accession to the 1967 Protocol, the geographical limitation continues to be applied nowadays. In this context, Turkey grants refugee status only to individuals who seek asylum owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion as a result of the events occurring in Europe.

In our study on the issue of the removing the geographical limitation, first, the "Turkish National Action Plan for the Adoption of the European Union Acquis in the Field of Asylum and Migration" dated 2005 was mentioned because the conditions for the removing the geographical limitation were specified in article 4.13 of this document. In this respect, it was underlined that a solution should be found in a way that would not harm Turkey's economic, social, and cultural conditions regarding the lifting of the geographical limitation because Turkey has become a country that has been highly impacted by the mass population movements that started to climb in the 1980s and could change the world conjuncture (National Action Plan, art. 4.13). In article 4.13 of the National Action Plan, it was also planned to make necessary legislative and infrastructure changes in a way that would not encourage asylum movements, especially from Eastern countries, and to lift the geographical limitation provided that the European Union (EU) countries display the necessary sensitivity regarding the burden-sharing in the field of asylum. Furthermore, regarding the cases where there is a possible mass influx of population toward Turkey due to its geographical location, it was emphasized that the burden of Turkey, the first country of asylum, should be equally distributed with other states, especially EU member states, taking the necessary measures individually or jointly through the UNHCR or other international organizations, in line with the principle of equal responsibility sharing, upon the request of Turkey. In fact, a possible date for the removing the geographical limitation was included in the National Action Plan. In line with this, it was envisaged that a proposal to lift the geographical limitation would probably be referred to the Turkish Grand National Assembly (TGNA) after 2012, following the completion of the projects specified in the National Action Plan, in parallel with the completion of the negotiations regarding Turkey's accession to the European Union (National Action Plan, art. 4.13). However, it appears that even in 2023, the application of geographical limitation in Turkish refugee law still continues.

Although the application of the geographical limitation in Turkey has caused reactions, the contrary decision of the European Court of Human Rights (ECtHR) on the subject is worth mentioning. In this regard, the ECtHR evaluated Turkey's application of granting "refugee" status only to asylum seekers coming from Europe, in the 1999 case *A.G. and Others v. Turkey* (Application no. 40229/98 by A.G. and Others v. Turkey), due to the geographical limitation imposed by Turkey pursuant to the 1951 Geneva Convention, and it decided that this application was not contrary to the human rights regulated in the European Convention on Human Rights (ECHR). Moreover, the ECtHR underlined that Turkey's authority to make geographical discrimination between refugees and asylum seekers was based on the 1951 Geneva Convention.

The issue of removing the geographical limitation was also addressed during the accession negotiations between Turkey and the European Union, and the European Commission stated that the geographical limitation should be removed in the member or candidate countries of the Union. Likewise, Amnesty International Turkey called for the removing the geographical limitation imposed by Turkey pursuant to the Convention Relating to the Status of Refugees, which entered its 65th year in 2016.

In our opinion, it could be appropriate to lift the geographical limitation applied in Turkish refugee law because we think that it is open to criticism that people are discriminated according to the country they come from and one of the protection statuses is granted accordingly. However, considering Turkey's extremely heavy burden on asylum and refuge, its burden must be shared within the framework of the 1951 Geneva Convention to abandon this application because a problem accepted by the United Nations cannot be resolved satisfactorily without international cooperation. On the other hand, it is a fact that Turkey has been left alone in the face of a serious problem such as immigration and asylum and is struggling alone. It is, therefore, important that all States recognize the social and humanitarian aspects of the problem of refugees and do everything within their power (Geneva Convention, "Preamble"). To this end, it is of great importance that an international organization, such as the United Nations, be more active and provide international cooperation and coordination. Likewise, the European Union should show the same sensitivity in the field of the European Union regarding asylum and refuge. Only after these are fulfilled, the removing of the geographical limitation in Turkey can become the subject of negotiations between the European Union and Turkish authorities.

I. GİRİŞ

İltica ve sığınma, uzun yıllardan beri dünya gündemini meşgul eden konulardan biri olarak Türkiye'yi de yakından ilgilendirmektedir. Zira ülkemiz, bulunduğu jeopolitik konumu nedeniyle iltica ve sığınma olaylarına en çok maruz kalan ülkelerin başında gelmektedir¹. İltica ve sığınma olgusunun siyasi, hukuki, ekonomik, sosyal, kültürel ve diğer yönlerden etkileri dikkate alındığında, konuyu farklı açılardan ele almak mümkün olabilmektedir². Fakat çalışmamızda Türkiye'nin, mülteci hukukunda uyguladığı coğrafi sınırlama³ ve bu sınırlamanın kaldırılması meselesine hukuki açıdan değinilecek ve bu yönde değerlendirme yapılacaktır.

Konumu gereği fakir Güney ve Doğu ile zengin Kuzey ve Batı arasında bir köprü vazifesi gören Türkiye'nin, aslında avantajlı olan coğrafi konumu iltica ve sığınma gibi konularda dezavantajlı bir durum yaratmaktadır⁴. Zira günümüzde de ülkemizin üzerinde bulunduğu coğrafya, Osmanlı İmparatorluğu döneminden bugüne kadar geçen süre içerisinde çok sayıda kitlesel göç akınına maruz kalmış⁵ ve Türkiye'ye sığınan yabancıların sayısı milyonlara ulaşmıştır⁶. Bu sebeptendir ki 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Konvansiyon (Cenevre Konvansiyonu)⁷ coğrafik açıdan sınırlama⁸ konularak imzalanmış ve 1967 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Protokole (Protokol)⁹ katılırken de coğrafi sınırlama uygulamasının sürdürüleceği beyan edilmiştir. Ancak bu uygulama, coğrafi sınırlamanın kaldırılıp kaldırılmaması ile ilgili tartışmalara neden olup, bu uygulamanın kaldırılması konusunda baskılar da giderek artmaktadır¹⁰. Bu nedenle, konunun ele alınması önemli ve güncel bir mesele olarak gözükmektedir. Konunun daha iyi anlaşılması ve bütünlüğün sağlanması bakımından tarihsel arka planın da göz önünde bulundurulmasının faydalı olabileceği düşüncesiyle çalışmada, öncelikle uluslararası ve ulusal alanda iltica hareketi ile mülteci ve sığınmacı statüsüne değinilecek ve konu ile ilgili düzenlemeler ele alınacaktır. Ayrıca, coğrafi sınırlama ile ilgili yargı kararları ve doktrindeki görüşlere de yer verildikten sonra, coğrafi sınırlamanın kaldırılmasına ilişkin kişisel görüşlerimiz ifade edilecektir.

¹ ODMAN, M Tefvik: Tarihsel Gelişim Sürecinde Güncelleştirilmiş Mülteci Hukuku (Dünyada ve Türkiye'de İlticanın Gelişim Süreci) (Tarihsel Gelişim), Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s.62.

² İltica ve göç olgusunun farklı alanlardaki etkilerine ilişkin geniş bilgi için bkz. BULUT, Yakup/AKIN, Soner/KARAKAYA, Sedat: "Türkiye'nin Mülteci Politikaları: Suriyeli Mültecilerin Üzerine Bir İnceleme", Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, (39), 2018, s.212-220; ÖZKAN, Recep: "Göç Olgusu ve Toplumsal Yapıya Etkisi", Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 17(2), 2019, s.132-141; BALUN, Bora/KURTER, Osman/DİNÇAY, İsmail Hakkı: "Göç Yönetimi ve Göçlerin Türkiye'deki Sosyoekonomik Yaşama Etkilerine İlişkin Akademisyen Görüşleri", Üçüncü Sektör Sosyal Ekonomi Dergisi, 58(1), 2023, s.889-893; KABAKUŞAK, Damla: "Kültürel Çeşitliliğin Yönetim Modelleri Üzerine Bir İnceleme: İltica ve Göç Ulusal Eylem Planı", Sosyoloji Araştırmaları Dergisi, 21(1), 2018, s.106-123; ÇETİNER, Sibel/GÜNAY, Enver: "Uluslararası Göçün Sosyo-Kültürel Etkilerinin Değerlendirilmesi: Türkiye Örneği", Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 18(47), s.2-16.

³ Günümüzde Türkiye'nin yanı sıra, Madagaskar, Monako ve Kongo gibi taraf devletler de coğrafi kısıtlamayı uygulamaktadır; bkz. <https://www.unhcr.org/protection/PROTECTION/3b73b0d63.pdf> s.5 (Erişim: 02.09.2022). Çalışmamızda, "sınırlama" yerine bazen eş anlamlısı "kısıtlama" kelimesi de kullanılmıştır.

⁴ KARA, Polat/KORKUT, Recep: "Türkiye'de Göç, İltica ve Mülteciler", Türk İdare Dergisi, (467), 2010, s.156.

⁵ PARLAK, Bekir/ŞAHİN, Ali Utku: "Türkiye İltica ve Göç Mevzuatının Coğrafi Kısıtlama Uygulaması Yönünden Analizi", Tesam Akademi Dergisi, 2(2), 2015, s.70.

⁶ Güncel veriler için bkz. <https://www.goc.gov.tr/> (Erişim: 23.08.2023).

⁷ 1951 tarihli Birleşmiş Milletler Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Konvansiyonu (1951 Convention Relating to The Status of Refugees) 28 Temmuz 1951 yılında imzalanarak 22 Nisan 1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bundan sonra kısaca 1951 tarihli Konvansiyon veya Cenevre Konvansiyonu olarak anılacaktır. İngilizce metni için bkz. https://www.un.org/genocideprevention/documents/atrocitiescrimes/Doc.23_convention%20refugees.pdf (Erişim: 20.09.2022). Türkiye, 1951 tarihli Cenevre Konvansiyonu'nu 1961 yılında onaylamıştır (RG: 05.09.1961, 10898). Eylül 2019 itibarıyla 1951 tarihli Cenevre Konvansiyonu'na 146 devlet tarafıdır; bkz. <http://kafadaryuvali.av.tr/wp-content/uploads/2016/05/1951-cenevre-sozlesmesi-taraf-devletler.pdf> (Erişim: 23.08.2022).

⁸ Literatürde coğrafi sınırlama, çoğu zaman "coğrafi çekince" olarak ifade edilse de bizim de katıldığımız görüşe göre, Türkiye'nin uygulamaya koyduğu "coğrafi kısıtlama"nın, nitelik bakımından çekince olarak kabul edilmesi tartışmaya açıktır. Zira 1951 tarihli Cenevre Konvansiyonu'nun 42/1. maddesi uyarınca, "Her Devlet, imzalama, onaylama veya taraf olma sırasında, Sözleşme'nin 1, 3, 4, 16 (1), 33, 36 - 46. (dahil) maddeleri dışındaki maddeler hakkında çekince koyabilir". Ancak coğrafi kısıtlama ile ilgili hükmün yer aldığı 1. madde, çekince konulmayacak maddeler arasında yer aldığı için, Cenevre Konvansiyonu'na coğrafi kısıtlama ile taraf olan devletler bakımından "coğrafi çekince" yerine coğrafi sınırlama ifadesinin kullanılması yerinde olacaktır; ÖZTÜRK, Neva Övünç: Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi (Mültecinin Hukuki Statüsü), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s.367-369; ÇORABATIR, Metin: "1951 Cenevre Sözleşmesi Ders 14", s.4-5; <https://igamder.org/uploads/belgeler/1951/1951%20DERS%2014.pdf> (Erişim: 25.10.2022).

⁹ 31 Ocak 1967 yılında imzalanan Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Protokol (1967 Protocol Relating To The Legal Status Of Refugees) 4 Ekim 1967 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye'nin Protokolü onaylaması 1 Temmuz 1968 tarih ve 6/10266 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile kararlaştırılmıştır (RG: 05.08.1968, 12968). Bundan sonra kısaca 1967 tarihli Protokol olarak anılacaktır. 1967 tarihli Protokol'ün İngilizce metni için bkz. <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/ProtocolStatusOfRefugees.aspx> (Erişim: 23.08.2022). Eylül 2019 itibarıyla 1967 tarihli Protokole 147 devlet tarafıdır; bkz. <http://kafadaryuvali.av.tr/wp-content/uploads/2016/05/1951-cenevre-sozlesmesi-taraf-devletler.pdf> (Erişim: 22.08.2022).

¹⁰ DOĞAN, Vahit: Türk Yabancılar Hukuku, 5. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2020 s.142. Ayrıca, BMMYK Yürütme Komitesi de, 1951 tarihli Cenevre Konvansiyonu'na coğrafi kısıtlama ile taraf olan ülkelere bu kısıtlamayı kaldırmaları çağrısında bulunmuştur; ÇORABATIR, s.5; <https://igamder.org/uploads/belgeler/1951/1951%20DERS%2014.pdf> (Erişim: 25.08.2022); bkz. <https://www.amnesty.org.tr/icerik/turkiye-65-yil-once-imzalanan-cenevre-multeci-sozlesmesine-koydugu-sinirlamayi-kaldirmalidir> (Erişim: 25.08.2022).

II. İLTİCA HAREKETİ VE TÜRKİYE

A. Genel Olarak

İlticayı, cebir ve zor yoluyla insanların yaşadıkları yerden uzaklaştırılması ve başka bir yerde yaşamaya mecbur edilmesi olarak tanımlamak mümkündür¹¹. Bu bağlamda iltica, kendisine mülteci statüsü verilebilmesi için bir ülkeye başvuru kişinin isteğinin kabul edilmesini sağlayan bir hakktır. Mültecilik durumu, iltica hakkının tanınmasıyla oluşan hukuki bir statü olduğu için mültecilik ve iltica hakkı iç içe geçmektedir¹². Günümüzde iltica ve sığınma, uluslararası hukukun aktüel konularından biri olarak kabul edilmektedir.

Başka ülkelere sığınma olgusunun eski tarihlere kadar uzandığını söylemek mümkün olabilmektedir¹³. Odman'a göre, farklı sebeplerden kaynaklanan sığınma ve ilticanın başlangıcı kesin olarak saptanamasa da, eski kaynaklarda bunun en az 3500 yıllık tarihi geçmişe sahip olduğu ifade edilmektedir¹⁴. Çünkü eski toplumların yazıtları ve kutsal kitaplarında bu olguya ilişkin izlere rastlanmaktadır. Hatta bu dönemlere ilişkin yazıtlarda iltica konusunun önemli bir madde olarak sözleşmelerde yer aldığı (örneğin, Hitit ve Aztek yazıtları) dahi belirtilmektedir¹⁵. Bunun gibi, sığınma hakkının ortaya çıktığı tarihi de kesin olarak saptamak mümkün gözükmeseyse de, bunların prototiplerinin Milattan 2000 yıl öncesinde de var olduğu tahmin edilmektedir. Zira bu tarihlerde mültecilerin korunması ile ilgili bazı antlaşmaların yapıldığı tespit edilmiştir. Örneğin bir Hitit Kralı, başka bir devletin hükümdarı ile yaptığı anlaşmada, karşı ülkeden kendi topraklarına gelen bir mültecinin geri gönderilmeyeceğini ve kendi topraklarından çıkartılmayacağını ifade etmiştir. Görüldüğü üzere, günümüz mülteci hukukunun en önemli ilkelere "geri göndermeme" (*non-refoulement*) yasağının temelleri daha o dönemlerde atılmış bulunmaktadır¹⁶.

Eski tarihlerde olduğu gibi, günümüzde de ilticanın güncel bir konu olarak özellikle Türkiye bakımından önem arz ettiği şüphesizdir. Zira Türkiye, bulunduğu coğrafi konum ve tarihi misyonu itibarıyla bugün de düzenli ve düzensiz göç alan ülke konumundadır¹⁷. Öyle ki Asya, Avrupa ve Afrika kıtalarının keşiştiği noktada jeopolitik bir konuma sahip olan Türkiye'nin, iltica hareketlerinden en çok etkilenen ülkelerden biri olduğu bilinen bir gerçektir¹⁸. Ancak Türkiye'ye yönelik iltica hareketi yeni olmayıp Osmanlı dönemine kadar uzanmaktadır. Örneğin, 15. yüzyılda İspanya'dan kaçan Musevilere Osmanlı İmparatorluğu'nda sığınma hakkının tanındığı bilinmektedir¹⁹. Daha sonraki tarihlerde, özellikle mülteci akımını Osmanlı Devleti'ne yönlendiren önemli olaylardan Avrupa merkezli 1848-1849 Avusturya egemenliğine karşı meydana gelen ayaklanmayı belirtmekte fayda vardır. Zira bu ayaklanma sonucunda birçok Macar ve Polonyalı Osmanlı Devleti'ne sığınmıştır²⁰. Osmanlı topraklarına gerçekleşen mülteci akımı yukarıdakilerle de sınırlı kalmayıp, farklı tarihlerde de benzer olaylarla karşılaşmıştır²¹. Fakat ilginçtir ki, küreselleşmenin de etkisiyle gelişen ve modernleşen günümüz dünyasında iltica hareketinde azalma olmamış ve 20. yüzyıla gelindiğinde, iltica olgusunun çok daha büyük bir sorun olarak ortaya çıktığı gözlemlenmiştir. Özellikle de iki büyük Dünya Savaşı ve farklı coğrafyalardaki silahlı çatışmalar iltica ve göç hareketini hızlandıran olayların başında gelmiştir²². Nitekim bu çatışmaların günümüzde de özellikle Orta Doğu coğrafyasında devam etmesi, insanlık dramının yaşanmasına sebep olup zaman zaman Türkiye'yi iltica olgusu ile karşı karşıya bırakmaktadır. Hatta çoğu zaman sığınmak amacıyla ülke sınırlarına gelen insanlar kitlesel akın²³ şeklinde gelmektedirler.

B. Kitlesel Akın Şeklinde İltica Hareketi

Türkiye'ye yönelik yoğun kitlesel sığınma olayları geçen yüzyılın sonlarına doğru başlamış ve 2000'li yıllara kadar her geçen yıl giderek artmıştır²⁴. İlk büyük sığınma hareketi ile 1979 yılının Şubat

¹¹ DEMİR, Necati: "Mülteci (Sığınmacı) Kavramına Düşünsel Yaklaşım", Yedi Aralık Sosyal Araştırmalar Dergisi (YASAD), 1(2), 2022, s.4.

¹² PEKER, Bülent/SANCAR, Mithat: Mülteciler ve İltica Hakkı. Yaşamın Kırısındakilere Hoş geldin Diyebilmek, İnsan Hakları Derneği Yayını, Ankara, 2001, s.8-9.

¹³ BARKIN, Ersan: "1951 Tarihli Mülteciliğin Önlenmesi Sözleşmesi", Ankara Barosu Dergisi, (1), 2014, s.336.

¹⁴ ODMAN, M. Tefrik: Mülteci Hukuku (Mülteci Hukuku), AÜ. SBF. İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 1995, s.5; ODMAN, Tarihsel Gelişim, s.23.

¹⁵ KILIÇ, Taner: "Bir İnsan Hakkı Olarak İltica", 2017; https://insanhaklarizleme.org/vt/yayin_view.php?editid=490 (Erişim: 04.09.2022).

¹⁶ Konu ile ilgili ayrıca bkz. ODMAN, Mülteci Hukuku, s.6-8; ODMAN, Tarihsel Gelişim, s.24-27.

¹⁷ DOĞAN, s.1.

¹⁸ GÜNER, Cemil: "İltica Konusunda Türkiye'nin Yol Haritası: Ulusal Eylem Planı", AÜHFD, 56(4), 2007, s.83.

¹⁹ BARKIN, s.336; LATİF, Dilek: "Refugee Policy of The Turkish Republic", The Turkish Yearbook of International Relations, (33), 2002, s.4.

²⁰ ODMAN, Tarihsel Gelişim, s.23; LATİF, s.3; ÜMİT, Ceyda: "Mülteci Hukukuna Genel Bakış ve İltica-Sığınma Konularında Türkiye'deki Uygulama", Adalet Dergisi, 92(8), 2001, s.35.

²¹ Geniş bilgi için bkz. ODMAN, Tarihsel Gelişim, s.23-28; SAFİ, Sibel: Mülteci Hukuku (Mülteci Hukuku), Legal Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.29-33; ÖZTÜRK, Mültecinin Hukuki Statüsü, s.347; LATİF, s.2.

²² BARKIN, s.336; ÜMİT, s.35.

²³ "Kitlesel akın", 2014 tarihli Geçici Koruma Yönetmeliği'nin (RG:22.10.2014, 29153) 3/1(j).maddesinde tanımlanmıştır. Hükme göre kitlesel akın, "Aynı ülkeden veya coğrafi bölgeden kısa bir süre içerisinde ve yüksek sayılarda gerçekleşen ve söz konusu sayılar nedeniyle bireysel olarak uluslararası koruma statüsü belirleme işlemlerinin usulen uygulanabilir olmadığı durumları" ifade etmektedir.

²⁴ ODMAN, Tarihsel Gelişim, s.363; ÖZEL, Sibel: "Türkiye'deki Suriyelilerin Hukuki Statüsü", YÜHFD, 17(2), 2020, s.712; ERGÜVEN, Nasih Sarp/ÖZTURANLI, Beyza: "Uluslararası Mülteci Hukuku ve Türkiye", AÜHFD, 62(4), 2013, s.1011-1018; TOPAL, Ahmet Hamdi: "Geçici Koruma Yönetmeliği ve Türkiye'deki Suriyelilerin Hukuki Statüsü", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(1), 2015, s.13-14; ; SÜTLÜOĞLU, Balay: Uluslararası Mülteci Hukuku ve Türk Hukukunda Sığınma Sistemi, On İki Levha Yayıncılık, Ankara 2021, s.139.

ayında İran Şahi'nin devrilmesi ve Ayatullah Humeyni'nin iktidara gelmesi sonucunda karşılaşmıştır. O tarihte İran'daki rejim değişikliğinden kaçarak Türkiye'ye sığınan İranlıların sayısı 1.5 milyona ulaşmıştır. Ancak Türkiye'ye yönelik yoğun iltica hareketi bununla da sınırlı kalmayıp, bunu İran-İrak savaşı, Irak'ın Kuveyt'i işgali, Körfez Savaşı ve 2003 yılında Irak işgali sonrasındaki nüfus hareketleri takip etmiş ve sığınma talebiyle gelenlerin sayısı yaklaşık 520.000'e ulaşmıştır. Yine 1989 yılının Mayıs-Ağustos ayları arası Bulgaristan'dan sınır dışı edilen 311.000 kişi ile vizeli gelen 34.000 kişiyi de belirtecek olursak, Bulgaristan'dan gelenlerin sayısı 345.000'i bulmuştur. Sonrasında ise 1992-1997 yılları arası Eski Yugoslavya ile Bosna-Hersek'te meydana gelen silahlı çatışmalarda 20.000 kişi sığınmak amacıyla ülkemize gelmiştir. Yine 1999 yılında Kosova'da meydana gelen olaylar sonucunda ülkemize 17.746 kişi sığınmıştır²⁵. Son olarak da 2010 yılının sonunda Arap Baharı'nın başlaması ile Suriye Arap Cumhuriyeti'nde meydana gelen iç savaştan kaçarak Türkiye'ye sığınan Suriyelilerin sayısı ise milyonlara²⁶ ulaşmıştır²⁷. Nitekim yukarıdaki tabloya bakıldığında görünen o ki, Türkiye, iltica ve yoğun nüfus hareketine en çok maruz kalan ülkelerin başında gelmektedir. Odman'ın da belirttiği üzere, Osmanlı Devleti'nde olduğu gibi, günümüzde de Türkiye sığınma ve iltica ülkesi olarak anılmaktadır²⁸. Hal böyle olunca, Türkiye'ye sığınan yabancıların hukuki statüsü önem arz etmektedir. Bu bağlamda belirtilmelidir ki, iltica ve sığınma olaylarında Türk hukukunda uluslararası koruma ile birlikte geçici koruma mekanizması da geliştirilmiştir. Konumuz açısından önem arz eden mülteci statüsü, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü ile birlikte uluslararası koruma kapsamında yer alırken, geçici koruma ise acil durumlarda yabancılara tanınan bir koruma türüdür. Burada açıklanması gereken soru şudur; Türkiye'ye sığınan yabancıların koruma statüsü hangi kriterlere göre belirlenmektedir? Bu sorunun yanıtlanması için öncelikle Türkiye'nin konu bağlamında taraf olduğu uluslararası belgelere ve akabinde 6458 sayılı ve 2013 tarihli Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun (YUKK)²⁹ ilgili hükümlerine yer verilecektir.

III. ULUSLARARASI BELGELERDE MÜLTECİ STATÜSÜ

Mültecilerle ilgili 1922 ila 1946 yılları arası Milletler Cemiyeti bünyesinde uluslararası nitelikte çeşitli belgeler³⁰ imzalanmıştır³¹. Ancak günümüzde mülteci hukukunun temelini 1951 tarihli Cenevre Konvansiyonu oluşturmaktadır. Konvansiyondaki zamana ilişkin sınırlamanın kaldırılması amacıyla daha sonra 1967 tarihli Protokol imzalanmıştır. Bununla birlikte, 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde de sığınma hakkına ilişkin hükümler yer almaktadır. Bu itibarla, çalışma konumuzun sınırlarına riayet edilerek aşağıda sırasıyla 1948 tarihli Beyanname ile 1951 tarihli Cenevre Konvansiyonu ve 1967 tarihli Protokole yer vermeyi uygun görmekteyiz.

A. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1948 tarihli 217 (III) sayılı Kararı ile kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (Beyanname) (*Universal Declaration of Human Rights*)³², uluslararası bağlayıcılığı olmamakla birlikte temel insan haklarının korunmasının yanı sıra, sığınmacıların korunması açısından da önem taşımaktadır³³. Hukuken bağlayıcılığı olmayan ancak tarihi, politik ve ahlaki açıdan büyük öneme sahip olan bu belgenin insanlık için de çok saygın ve manevi etkiye sahip bir belge olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır³⁴. Beyanname, günümüzde birçok devlet tarafından benimsendiği gibi, kendisinden sonraki pek çok uluslararası ve bölgesel antlaşmasına da konu bakımından ilham kaynağı olmuştur³⁵. Hatta Evrensel Beyannamesi'nin 365 dile çevrilmiş olması, bu bildirinin manevi ağırlığını göstermek için yeterlidir³⁶. Bu sebeptendir ki Beyanname, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları

²⁵ ODMAN, Tarihsel Gelişim, s.260-261; KİRİŞÇİ, Kemal: "Turkey, UNHCR, and The 1951 Convention Relating to The Status of Refugees: Problems and Prospects of Cooperation", The Refugee Convention at Fifty, (Ed. By Joanne van Selm/Khoti Kamanga/Jonn Morrison/Aninia Nadig/Sanja Poljar Vrzinaloes van Willige), LEXINGTON BOOKS, USA 2003, s.97. Ayrıca bkz. İltica ve Göç Mevzuatı, Başkent Matbaası, Ankara, 2005, s.47.

²⁶ 22 Eylül 2022 tarihi itibarıyla Türkiye'deki Suriyelilerin sayısı, 3.652.234 olarak ifade edilmiştir. Bkz. https://mülteciler.org.tr/turkiyedeki-suriyeli-sayisi/?gclid=EAIaIQobChMIInYPchrHT-gIVQsORCh2eaAbvEAAAYASAAEgL5QvD_BwE (Erişim: 27.09.2022).

²⁷ ODMAN, Tarihsel Gelişim, s.260-261; ÖZEL, s.712.

²⁸ ODMAN, Tarihsel Gelişim, s.28.

²⁹ RG: 11.04.2013, 28615. Bundan sonra kısaca YUKK olarak anılacaktır.

³⁰ Örneğin, 12 Mayıs 1926 tarihli Rus ve Ermeni Mültecilere Kimlik Kartları Verilmesine İlişkin Anlaşma; 4 Temmuz 1936 tarihli Almanya'dan Gelenlerin Mülteci Statüsüne İlişkin Geçici Anlaşma vb.

³¹ Geniş bilgi için bkz. GOODWIN-GİLL, Guy S: Статус Беженца в Международном Праве [(The Refugee in International Law, second edition (Uluslararası Hukukta Mülteci Statüsü), İngilizceden çev. İvanchenkova, A.V, editör Levina, M.I)], YUNİTİ, Moskova 1997, s.16-24; ODMAN, Tarihsel Gelişim, s.35-37.

³² 1948 tarihli Beyanname, 1949 yılında Resmi Gazete'de yayımlanmıştır (RG: 27.05.1949, 7217). İngilizce metni için bkz. https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/eng.pdf (Erişim: 21.08.2022). Bundan sonra kısaca Beyanname olarak anılacaktır.

³³ ODMAN, Tarihsel Gelişim, s.51.

³⁴ AYBAY, Rona: "Bürokrasi ve İnsan Hakları", Türkiye Barolar Birliği, Açık Oturum, 10 Aralık, 2006, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2007, s.5; ALTINIŞIK, Çiğdem/YILDIRIM, Mehmet Şahin: Mülteci Haklarının Korunması, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2002, s.7.

³⁵ AYBAY, s.5. Ayrıca bkz. <https://insanhaklimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/news/none-70-yilinda-evrensel-insan-haklari-beyannamesi/> (Erişim: 30.08.2022).

³⁶ AYBAY, s.5.

Komisyonu ilk Başkanı Eleanor Roosevelt tarafından tüm insanlığın “Magna Carta”³⁷ olarak ifade edilmiştir.

Evrensel Beyanname'nin 14/1. maddesi uyarınca, “Herkesin zulüm karşısında başka ülkelere sığınma ve bu ülkelerde sığınmacı işlemi görme hakkı vardır”³⁸. Ancak Beyanname, bir bildiri olması sebebiyle uluslararası hukukun bağlayıcı kaynaklarından kabul edilmemektedir³⁹. Bazı yazarlara göre devletlerin genel uygulamaları dikkate alındığında, Beyannamenin 14. maddesinde düzenlenen sığınma hakkının bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralı olarak düşünülmesi yerinde olabilirdi⁴⁰. Bir başka yazara göre ise sığınma hakkı, devletin egemenliği çerçevesinde bir devlet hakkı olarak şekillendiği için devletin, sığınma talep eden kişiler karşısında “bu taleplerini kabul etmeye zorlayacak herhangi bir yükümlülüğü” bulunmamaktadır⁴¹.

B. 1951 Tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Konvansiyon

Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) Statüsü çerçevesinde, Yüksek Komiserliğin mülteci statüsünün belirlenmesi ile ilgili uygulamaları ve bölgesel anlaşmalar dışında, “mülteci” kavramı ve statüsünü belirleyen yegâne uluslararası düzenleme, Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair 1951 tarihli Cenevre Konvansiyonu'dur⁴².

Mülteci sorunu, I. Dünya Savaşı'ndan sonra ortaya çıkmaya başlamış ve özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonraki olaylar dolayısıyla önemini daha da arttırmıştır. İltica eden kişilerin çokluğu, mülteci sorununun uluslararası alanda ele alınmasını gerektirmiş⁴³ ve 1951 yılında mültecilerle ilgili Cenevre Konvansiyonu imzalanmıştır. Cenevre Konvansiyonu'nun hazırlandığı ve imzalandığı tarihlerde birçok devlet, bilinmeyen ve öngörülmeleyen yükümlülüklerden kaçınma eğilimi gösterdiği için bu eğilim, Sözleşmedeki mülteci statüsü bakımından hem tarihi hem de coğrafi sınırlamanın konulmasını mümkün kılmıştır. Konulan sınırlamalar ise katılımcı devletlerin yükümlülüklerini azaltabileceğinden daha çok ülke tarafından Sözleşmenin onaylanmasını sağlamıştır⁴⁴. Konvansiyonun 1/A. maddesinde “mülteci” tanımlanmış ve tanımda tarihe ilişkin sınırlamaya yer verilmiştir.

“Buna göre mülteci, 1 Ocak 1951 tarihinden önce cereyan eden olaylar nedeniyle ve ırki, dini, tabiiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle, yararlanmak istemeyen ya da vatansız ise ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen kişidir”.

Tarihi sınırlamanın yanında Konvansiyonun 1/B-1(a). maddesinde akit devletlere, coğrafi açıdan sınırlama koyma yetkisi de tanınmış ve bu doğrultuda mülteci” statüsünün yalnızca 1 Ocak 1951'den önce “Avrupa'da meydana gelen olaylar”la sınırlanabileceği belirtilmiştir. Türkiye, Konvansiyonu onaylarken⁴⁵ Sözleşmenin kapsamını “1 Ocak 1951'den önce Avrupa'da⁴⁶ meydana gelen olaylar” şeklinde anladığını beyan ederek, 1951 tarihli Cenevre Konvansiyonu'nu “coğrafi sınırlama” ile kabul ettiğini bildirmiştir⁴⁷. Odman'a göre bu beyan sonucunda Türkiye, 1 Ocak 1951'den önce Avrupa dışında meydana gelen olaylar sebebiyle Türkiye'ye sığınan yabancılar mülteci statüsünün tanınması hususunda herhangi bir yükümlülük altına girmemiş olacaktır⁴⁸.

Türkiye'de uygulanan coğrafi sınırlamanın temel sebebini, daha önce de belirtildiği üzere, ülkenin coğrafi konumu ile açıklamak mümkün olabilmektedir. Zira hassas konumu itibarıyla Türkiye, zaman zaman toplu göçler ve yoğun nüfus hareketleri ile karşılaşan ülke konumundadır. Nitekim yıllardır Orta Doğu'da süren çatışmaların yanı sıra, Afrika ülkelerindeki açlık ve hastalıklar da o coğrafyada yaşayan insanları, başta Türkiye olmak üzere, diğer ülkelere göç etmeye sevk etmektedir⁴⁹. Yine Türkiye'nin coğrafi sınırlama ile Cenevre Konvansiyonu'na taraf olmasının önemli nedenlerinden biri de, ülkemizin konumu nedeniyle

³⁷ HEKİMLER, Alpay: İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin Kabul Edilişinin 60. Yıldönümünde Taşıdığı Anlam ve Önemi, Sosyal Bilimler Metinleri, Namık Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Tekirdağ 2009, s.19; ÖZCAN, Hüseyin: Anayasa Hukuku Açısından Sığınma Hakkı, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022, s.70, 75.

³⁸ Article 14/1: “Everyone has the right to seek and to enjoy in other countries asylum from persecution”; bkz. https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/eng.pdf (Erişim: 12.09.2022).

³⁹ ÖZKAN, Işıl: Göç-İltica ve Sığınma Hukuku (Göç), Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s.61.

⁴⁰ AYBAY, s.5-6.

⁴¹ ÖZTÜRK, Mültecinin Hukuki Statüsü, s.64; ÖZTÜRK, Neva Övünç: “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartında Yer Alan Sığınma Hakkının Tahlili” (Sığınma Hakkı), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(2), 2012, s.187 vd.

⁴² ODMAN, Mülteci Hukuku, s.162; ODMAN, Tarihsel Gelişim, s.248.

⁴³ ÇELİKEL, Aysel/ÖZTEKİN GELGEL, Günseli: Yabancılar Hukuku, 20. Baskı, Beta, İstanbul 2014, s.20.

⁴⁴ ODMAN, Mülteci Hukuku, s.165; ODMAN, Tarihsel Gelişim, s.250.

⁴⁵ Türkiye, 1951 tarihli Cenevre Konvansiyonu'nu 24 Ağustos 1951 tarihinde imzalamış olmasına rağmen, Sözleşmeyi 359 sayılı Kanun (RG: 055.09.1961, 10898) ile 1961 yılında onaylamıştır. Belirtmek gerekir ki, Konvansiyonun onaylanmasına ilişkin 359 sayılı Kanunun 2. maddesi ile bir çekince kabul edilmiştir. Buna göre: “Bu Sözleşmenin hiç bir hükmü, mülteciye Türkiye'de, Türk uyruklu kimselerin haklarından fazlasını sağladığı şekilde yorumlanamaz”.

⁴⁶ Türk Hukukunda “Avrupa ülkeleri” şu şekilde tanımlanmıştır: “Avrupa Konseyi üyesi olan ülkeler ile Cumhurbaşkanınca belirlenecek diğer ülkeler”, 6458 sayılı YUKK, m.3/1-b.

⁴⁷ Coğrafi sınırlama kapsamında Türkiye, 2014 yılı itibarıyla 27'si Yunanistan, 6'sı Bulgaristan, 6'sı Sırbistan-Karadağ, 3'ü Azerbaycan ve 1 de Arnavutluk vatandaşı olan toplam 43 kişiyi mülteci olarak kabul etmiştir; bkz. DOST, Süleyman: “Ulusal ve Uluslararası Mevzuat Çerçevesinde Ülkemizdeki Suriyeli Sığınmacıların Hukuki Durumu”, SDÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 4(1), 2014, s.37, dip.24.

⁴⁸ ODMAN, Mülteci Hukuku, s.165; ODMAN, Tarihsel Gelişim, s.250.

⁴⁹ ALTINIŞIK/YILDIRIM, s.39. Aynı yönde bkz. BARKIN, s.352; LATİF, s.21.

Doğu'dan gelebilecek iltica hareketlerine karşı tampon bölge olarak görülmesinin önüne geçebilmek olmuştur⁵⁰.

C. 1967 Tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Protokol

"Mülteci" tanımı ile ilgili Cenevre Konvansiyonu'nun 1/A. maddesinde yer alan "1 Ocak 1951 tarihinden önce cereyan eden olaylar..." şeklindeki tarihe ilişkin sınırlama, daha sonraki yıllarda benzer olaylar nedeniyle sığınma arayan kişiler açısından engel teşkil etmiştir. Zira 1951 yılından sonra da "ırki, dini, tabiiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden" zulme uğrayan veya uğrama tehlikesi altında olan kişilerin sayısı hızla artmıştır. Bazı yazarların da dikkat çektiği gibi, 1951 tarihli Konvansiyonun kabulünden sonra dünya genelinde iltica hareketlerindeki artışa⁵¹ rağmen, çok sayıda mültecinin gerek tarih ve gerekse de coğrafi sınırlama nedeniyle mülteci statüsünde kabul edilmemeleri hem mağduriyetlere yol açmış⁵² hem de önemli bir çelişki oluşturmaya başlamıştır. Hal böyle olunca, uluslararası korumaya ihtiyaç duyan insanların herhangi bir tarih ve coğrafi sınırlamaya tâbi olmaksızın mülteciler için sağlanan güvencelerden yararlandırılmaları gerektiği düşüncesi ağır basmaya başlamış⁵³ ve Konvansiyondaki tarihe ve coğrafi sınırlamaya ilişkin hükmün gözden geçirilmesi icap etmiştir. Bu gelişmeler ışığında Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu'nun 2198 (XXI) sayılı Kararıyla 1967 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Protokol⁵⁴ kabul edilmiştir. Protokol ile Cenevre Konvansiyonu'nda yer alan zamansal sınırlama kaldırılrsa da, coğrafi sınırlama ile kabul eden devletlere bunu devam ettirebilme imkânı tanınmıştır. Protokolün 1/2. maddesi uyarınca:

"İşbu Protokol bakımından, bu maddenin 3. fıkrasının uygulanması hali dışında, "mülteci" terimi, Sözleşmenin 1. maddesinin A 2 kısmında mevcut "1 Ocak 1951'den önce meydana gelen olaylar sonucunda ve" ve "söz konusu olaylar sonucunda" ifadeleri metinden çıkarılmış addedilerek, Sözleşmenin 1. maddesinde yer alan tanıma giren her şahıs anlamına gelecektir".

Hükmün devamında ise coğrafi sınırlama ile ilgili hüküm yer almıştır. Buna göre:

"İşbu Protokol, Sözleşmeye Taraf Devletlerce, Sözleşmenin madde 1 B (1) (a) hükmüne göre yapılanı mevcut duyuruların, madde 1 B (2) çerçevesinde genişletilmedikçe, bu Protokol bakımından da geçerli olması koşuluyla, Taraf Devletler, işbu Protokolü, hiçbir coğrafi sınırlama yapılmaksızın uygulayacaklardır" (Protokol, m.1/3).

Türkiye, 1951 tarihli Cenevre Konvansiyonu'na taraf olurken, tarihi sınırlamanın yanında coğrafi alan bakımından da sınırlama koymuştur. Ancak 1967 Protokolün imzalanmasıyla birlikte tarihe ilişkin sınırlama geçerliliğini kaybetmişse de, coğrafi sınırlamanın Türkiye bakımından sürdürüleceği belirtilmiştir. Yani Türkiye, yalnızca Avrupa'da meydana gelen olaylar kapsamında mülteci statüsünün tanınmasını kabul etmektedir⁵⁵. Çünkü Türkiye, bulunduğu bölge itibarıyla bir mülteci veya sığınmacı akınıyla karşı karşıya kalma ihtimali yüksek olan bir ülkedir ve bu konuda kendisini koruma refleksiyle hareket etme ihtiyacı hissetmektedir⁵⁶. Üstelik her sığınma olayı, ekonomik alan başta olmak üzere, hedef ülkenin diğer tüm alanlarını (siyasi, sosyal, kültürel vs) da etkilemektedir⁵⁷. Ancak bu durum, benzer sebepler nedeniyle Avrupa dışından gelen ve Türkiye'den sığınma talep eden yabancıların korumasız kaldığı anlamına gelmemektedir. Zira Türk hukukunda "mülteci" statüsünün yanında uluslararası koruma bağlamında diğer koruma türleri ile birlikte geçici koruma mekanizması da kabul edilmiştir. O halde, Avrupa dışından gelen sığınmacıların durumu açıklığa kavuşturulmalıdır. Nitekim konu, Türkiye bakımından Konvansiyon dışında kalmışsa da bu husustaki düzenlemeye mevzuatta yer verilmiştir.

IV. TÜRK HUKUKUNDA ULUSLARARASI KORUMA

A. Genel Olarak

Bireyler, tabiiyetinde buldukları devletten haklarının korunması ve gözetilmesini talep etme hakkına sahiptir. Vatandaş olduğu devletin bu korumayı sağlayamadığı durumlarda, kişi için uluslararası koruma devreye girmektedir. Uluslararası korumayı en genel anlamıyla şu şekilde tanımlamak mümkündür: vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu ya da yaşadığı ülkede çeşitli nedenlerden (ırk, din, siyasi düşünce vs) ötürü zulme uğrama tehlikesine karşı kendi devletinden koruma bulamayan ya da bulamayacağını düşünen

⁵⁰ ODMAN, Mülteci Hukuku, s.166. Aynı yöndeki görüş için bkz. ÖZKAN, Işıl: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Işığında Avrupa Birliği'nin Göç ve Sığınma Politikası" (AİHM), Ankara Barosu Dergisi, (1), 2011, s.188; LATİF, s.28.

⁵¹ Bkz. http://www.madde14.org/index.php?title=%C4%B0nsan_Haklar%C4%B1_ve_M%C3%BClteciler (Erişim: 03.10.2022).

⁵² ODMAN, Tarihsel Gelişim, s.255; ÇİÇEKLİ, Bülent: Yabancılar ve Mülteci Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s.222.

⁵³ ÇİÇEKLİ, s.222; ASAR, Aydoğan: Yabancılar Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s.188.

⁵⁴ Convention and Protocol Relating to The Status of Refugees, 60 years UNHCR; bkz. [https://www.unhcr.org/protection/basic/3b66c2aa10/convention-protocol-relating-status-refugees.html?query=%20United%20Nations%20\(UN\)%20General%20Assembly%20Resolution%202198%20\(XXI\)](https://www.unhcr.org/protection/basic/3b66c2aa10/convention-protocol-relating-status-refugees.html?query=%20United%20Nations%20(UN)%20General%20Assembly%20Resolution%202198%20(XXI)) (Erişim: 14.10.2022).

⁵⁵ ODMAN, Mülteci Hukuku, s.170; ODMAN, Tarihsel Gelişim, s.254; SAFİ, Sibel: "Uluslararası Hukukta Mülteciler, Sığınmacılar ve Entegrasyonun Yasal Göstergeleri" (Mülteciler, Sığınmacılar), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 17(34), 2018, s.38. DOST'a göre de Türkiye'nin jeopolitik konumu göz önünde bulundurulduğunda, mültecilik konusunda "Avrupa dışında meydana gelen olaylar sebebiyle" yaşanabilecek sığınmacılık hallerine temkinli yaklaşması makul görülmelidir. Ayrıca, Suriye olayları ile yaşanan gelişmeler bu yaklaşımın haklılığını bir kez daha ortaya koymuştur; DOST, s.58.

⁵⁶ ERDOĞAN, M. Murat, Türkiye'deki Suriyeliler Toplumsal Kabul ve Uyum, 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2015, s.45.

⁵⁷ Konu ile ilgili eserler için bkz. dipnot 2.

kişilerin, başka bir devletin korumasını talep etmesidir⁵⁸. Bu talebin karşılanması bakımından konu ile ilgili yasal düzenlemenin önemi büyüktür. Nitekim günümüzde birçok devlet uluslararası koruma mevzuatını kabul etmiştir.

Türk Hukukunda uluslararası koruma 6458 sayılı YUKK ile düzenlenmekte olup bünyesinde üç tür korumayı barındırmaktadır. Bunlar: mülteci (*refugee*), şartlı mülteci (*conditional refugee*) ve ikincil korumadır (*subsidiary protection*).

1. Mülteci

Türk hukukunda “mülteci” tanımı, 1951 tarihli Cenevre Konvansiyonu’na konulan coğrafi sınırlama ekseninde şekillenmiş ve 6458 sayılı YUKK madde 61’de şu şekilde düzenlenmiştir:

“(1) Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında mülteci statüsü verilir”.

Hükümden de anlaşıldığı üzere Türk hukukundaki “mülteci” tanımı, coğrafi kısıtlama haricinde Konvansiyondaki tanım ile uyumludur.

1951 Cenevre Konvansiyonu’nun Başlangıç kısmında mülteciler ve insan hakları ile ilişkilerine⁵⁹ özellikle önem atfedilmiş ve mültecilerin hakları uluslararası boyutta insan hakları ile paralel biçimde düzenlenmiştir. Buna göre Cenevre Konvansiyonu ile taraf devletlere birçok hak⁶⁰ bakımından (dini vecibeler ve çocukların dini eğitimi, mahkemelere müracaat, eğitim, sosyal yardım vs) kendi vatandaşlarına uyguladıkları muamelelerin aynısını uygulama yükümlülüğü getirilmiştir (Konvansiyon m.4, 16, 22 ve 23). Ayrıca, ücretli işler gibi iş piyasasına erişimine ilişkin getirilen tedbir ve sınırlamaların, ülkede üç yıldan beri ikamet eden veya ikamet ettiği ülkenin vatandaşı ile evli olan ya da ikamet ettiği ülkenin vatandaşlığını taşıyan bir veya daha fazla çocuğu olan mültecilere uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır (Konvansiyon, m.17). Konvansiyonun 34. maddesinde ise mültecilerin vatandaşlığa alınmasının her türlü imkân dâhilinde kolaylaştırılmasına dikkat çekilmiş ve daha birçok hak (örneğin, konut edinme hakkı, ikamet edeceği yeri seçme hakkı, seyahat hakkı vs) bakımından taraf devletlere, vatandaşlarına uygulanan muamelelerin aynısını mültecilere de uygulama yükümlülüğü getirilmiştir. Özetleyecek olursak, mültecilere tanınan haklar bakımından Cenevre Konvansiyonu ile taraf devletlere büyük sorumluluk yüklenilmiş ve bu sorumluluğun özellikle ekonomik yönü ağır basmaktadır. E halde Türkiye’nin jeopolitik konumu nazara alındığında mülteci hukukunda coğrafi sınırlamanın hangi amaçla uygulandığı anlaşılmaktadır.

Nitekim Cenevre Konvansiyonu ile uyumlu olarak YUKK’nın 88-89. maddelerinde de mültecilerin haklarına yer verilmiştir.

Türkiye açısından mültecilerle ilgili bazı örnekler vermek mümkündür. Örneğin, Nazilerden kaçarak ülkeye gelen Museviler, hem dinlerinden hem de ırklarından ötürü zulüm görme tehdidi altında oldukları ve Avrupa’dan geldikleri için Türkiye’de mülteci statüsünde kabul edilmişlerdir. Yine Sırp katliamından veya Kosova Krizi’nden kaçarak Türkiye’ye sığınanlara da mülteci statüsü tanınmıştır⁶¹.

Mülteci statüsü şahsi nitelik taşıdığından, bu statü için bireysel olarak başvurulmakta ve başvurular bireysel olarak değerlendirilmektedir. Peki, mülteci şartlarını taşıyan ve fakat Avrupa dışından gelenlere ne tür koruma sağlanacaktır?

2. Şartlı Mülteci

Yukarıdaki sorunun yanıtına ilişkin düzenleme yine 6458 sayılı YUKK’nın 62. maddesinde yer almaktadır. Buna göre:

“(1) Avrupa ülkeleri dışında meydana gelen olaylar sebebiyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında şartlı mülteci statüsü verilir. Üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar, şartlı mültecinin Türkiye’de kalmasına izin verilir”.

Böylece, Avrupa dışından gelen ve mültecilerle aynı şartları taşıyan yabancılara Türkiye’de “şartlı mülteci” statüsü verilmektedir. “Şartlı mülteci” kavramı Türk hukukuna ilk kez 6458 sayılı YUKK ile girmiş olsa da, özünde “sığınmacı” özelliklerini taşımaktadır. Daha açık bir ifadeyle, 6458 sayılı Kanunun kabulünden önce yürürlükte olan 1994 tarihli İltica Yönetmeliği’nde⁶² “mülteci” (*refugee*) ve “sığınmacı” (*asylum seeker*) statüleri düzenlenmişti. Ancak 6458 sayılı Kanunun kabulü ile birlikte “sığınmacı”

⁵⁸ ÖZKAN, Göç, s.137; DOĞAN, s.139; ÖZTÜRK, Mültecinin Hukuki Statüsü, s.27-28; SAFİ, Mülteci Hukuku, s.34-37.

⁵⁹ Konu ile ilgili geniş bilgi için bkz. ÖZKERİM GÜNER, Neslihan: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Mültecilerin Haklarının Korunmasındaki Rolü”, Göç Araştırmaları Dergisi, 2(2), 2016, s.216-235; KARABULUT, Ümran: “İnsan Hakları Perspektifinden Göç ve Mültecilik: 1951 Tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Karşılaştırması”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10(2), 2022, s.905-919.

⁶⁰ Geniş bilgi için bkz. BULUT/AKIN/KARAKAYA, s.216-218.

⁶¹ EKŞİ, Nuray: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku (Yabancılar), 4. Baskı, Beta, İstanbul 2016, s.160.

⁶² 1994 tarihli “Türkiye’ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye’den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik”, RG: 30.11.1994, 22127. Bundan sonra kısaca 1994 tarihli İltica Yönetmeliği olarak anılacaktır.

kavramsal değişikliğe uğramış ve “şartlı mülteci” olarak ifade edilmeye başlamıştır. Fakat kavramsal değişiklik özünde “sığınmacı” tanımını etkilemediği için “şartlı mülteci” ile “sığınmacı” statüsü, hukuki rejim bakımından genel olarak örtüşmektedir.

Mültecilerden farklı olarak şartlı mülteciler, güvenli üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar Türkiye’de kalma hakkını haizdirler. Ayrıca bu iki statü arasındaki fark⁶³, ülkede istifade edilen bazı haklara da yansımaktadır (örneğin, çalışma hakkı, vatandaşlık hakkı vs). Yine mülteciye verilen kimlik belgesi çalışma izni yerine geçerken, şartlı mültecinin çalışması için ayrıca çalışma izni temin etmesi gerekmektedir [(YUKK, m.89/4 (a,b)].

Şartlı mülteci statüsüne örnek vermek gerekirse, mesela dinlerinden dolayı zulüm görme riski sebebiyle İran’dan Türkiye’ye kaçan Bahailer ile yine İran Halkının Mücahitleri Örgütü üyesi oldukları için zulüm ve kötü muamele görme riski olan İran vatandaşlarını belirtmek mümkündür. Ya da dinlerinden dolayı Çin’den kaçarak Türkiye’ye sığınan Uygur Türkleri de şartlı mülteci statüsünde kabul edilmeleri için ilgili makamlara başvurabilmektedirler⁶⁴.

Son olarak belirtmek gerekir ki şartlı mülteci statüsü de tıpkı mülteci statüsü gibi, şahsi nitelik taşımakta ve kitlesel akın durumunda uygulanmamaktadır.

3. İkincil Koruma

Uluslararası koruma türlerinden sonuncusu ise ikincil koruma ya da tamamlayıcı korumadır. İkincil koruma Türk Hukukunda ilk kez 6458 sayılı Kanun ile yasal zemine kavuşmuş ve Kanunun 63. maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır:

“(1) Mülteci veya şartlı mülteci olarak nitelendirilemeyen, ancak menşe ülkesine veya ikamet ülkesine geri gönderildiği takdirde; a) Ölüm cezasına mahkûm olacak veya ölüm cezası infaz edilecek, b) İşkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak, c) Uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak, olması nedeniyle menşe ülkesinin veya ikamet ülkesinin korumasından yararlanamayan veya söz konusu tehdit nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancı ya da vatansız kişiye, statü belirleme işlemleri sonrasında ikincil koruma statüsü verilir”.

Hükümden de anlaşıldığı gibi ikincil koruma, ne mülteci ne de şartlı mültecinin özelliklerini taşımamaktadır. Ancak madde kapsamındaki bir yabancının menşe ya da ikamet ülkesine geri gönderilmesi halinde, bu kişi ya ölüm cezasına mahkûm olacak ya ölüm cezası infaz edilecek ya da onur kırıcı ve insanlık dışı muameleye maruz kalacaktır. Örnek vermek gerekirse, EKŞİ’nin de belirttiği gibi, bazı İslam ülkelerinde uygulanan kadın sünnetinden kurtulmak için Türkiye’ye sığınan kadınlara⁶⁵ “ikincil koruma” statüsü tanımlanabilir. Yine bazı ülkelerde zina yapan kadınlara uygulanan *recm* cezasından (taşlanarak öldürülme) kurtulmak için Türkiye’ye sığınan bir kadına da ikincil koruma statüsü sağlanabilmelidir. 20.01.2

İkincil koruma Türk Hukukuna ilk kez YUKK ile girmiş olsa da, bu Kanun çıkmadan önce de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM) kararları doğrultusunda ikincil koruma statüsünün özelliklerini taşıyan yabancılar Türkiye’den geri gönderilmiyorlardı⁶⁶.

İkincil koruma statüsüne sahip yabancıların hakları YUKK’nın 89.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre eğitim ve sosyal yardım hakkının yanı sıra, ikincil koruma statüsünü haiz yabancıların iş piyasasına erişimi de Türk hukukunda mülteciler ile benzer şekilde ele alınmış ve ikincil koruma statüsündekilere verilen kimlik belgesi de, mültecilerde olduğu gibi, çalışma izni yerine geçmektedir [(YUKK, m.89/4(c)). Fakat şartlı mültecilerden farklı olarak, ikincil koruma statüsündeki yabancıların Türkiye’de kalışı herhangi bir şekilde sınırlandırılmamıştır.

Yine mülteci ve şartlı mültecilerde olduğu gibi, “ikincil koruma” için de başvurular bireysel olarak değerlendirilmektedir. Öyleyse savaştan veya silahlı çatışma ya da yaygın şiddet eylemlerinden kaçarak ülkemize kitlesel olarak gelen yabancıların statüsü ne olacaktır? Hemen belirtelim, bu durumda olanlar için Türk Hukukunda “geçici koruma” mekanizması öngörülmüştür.

B. Türk Hukukunda Geçici Koruma

Türk hukukunda uluslararası korumadan bahsederken, geçici korumadan da söz etmek gerekir. Zira Türkiye açısından özellikle son zamanlarda geçici koruma güncel konuların başında gelmektedir. Bunun sebebi ise ülkenin dönem dönem kitlesel akınlarla karşı karşıya kalmasıdır. Bu son ifadeden de anlaşıldığı üzere, uluslararası korumadan farklı olarak geçici koruma mekanizması kitlesel akın şeklindeki sığınma olaylarında söz konusu olmaktadır.

Türk Hukukunda “geçici koruma” 6458 sayılı YUKK’nın 91. maddesinde düzenlenmiş ve daha sonra bu madde ile birlikte 2001 tarihli Avrupa Konseyi Geçici Koruma Yönergesi’nin⁶⁷ dikkate alınması

⁶³ “Mülteci” ve “şartlı mülteci” statüleri arasındaki farklılıklar için bkz. GANIYEVA, Salimya: “Türk ve Rusya Federasyonu Hukukunda Mülteci ve Sığınmacı Kavramları Arasındaki Ayrım”, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 16(2), 2014, s.56-64.

⁶⁴ EKŞİ, Yabancılar, s.161.

⁶⁵ Kanaatimizce, kadın sünnetinden kurtulmak için Türkiye’ye sığınan kadınlara da “belli bir toplumsal gruba mensubiyeti” gereğiyle 6458 sayılı YUKK madde 62 çerçevesinde “şartlı mülteci” statüsü tanımlanabilmelidir.

⁶⁶ ODMAN, Tarihsel Gelişim, s.362; EKŞİ, Yabancılar, s.163. Geri gönderilmeme ilkesi (non refoulement) 6458 sayılı YUKK’nın 4. maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir: “(1) Bu Kanun kapsamındaki hiç kimse, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulacağı veya ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatının veya hürriyetinin tehdit altında bulunacağı bir yere gönderilemez”.

⁶⁷ Council Directive 2001/55/EC Of 20 July 2001 on Minimum Standards for Giving Temporary Protection in The Event Of A Mass Influx Of Displaced Persons And On Measures Promoting A Balance Of Efforts Between Member States in Receiving Such Persons

sonucunda 2014 yılında Geçici Koruma Yönetmeliği (GKY)⁶⁸ çıkarılmıştır. Yönetmeliğin 3/1(f). maddesi uyarınca geçici koruma:

“Ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak veya bu kitlesel akın döneminde bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen ve uluslararası koruma talebi bireysel olarak değerlendirmeye alınamayan yabancılara sağlanan korumayı ifade etmektedir”.

Hükme göre, geçici koruma kitlesel akın şeklinde söz konusu olmakta ve bu durumda koruma başvuruları bireysel olarak değerlendirilmemektedir. Geçici koruma ile ilgili başvurular, usul ve esaslar, uluslararası alandaki işbirlikleri ve geçici korunanların hak ve yükümlülükleri gibi meseleler 2014 tarihli Yönetmelik ile düzenlenmiştir. Yönetmelik madde 25 uyarınca geçici koruma kimlik belgesi yalnızca Türkiye’de kalış hakkı sağlar ve ikamet izni ya da ikamet izni yerine geçen belgelere eşdeğer sayılmaz. Ayrıca, geçici koruma kimlik belgesi ile geçirilen süreler ikamet izni toplamında dikkate alınmaz ve sahibine Türk vatandaşlığına başvuru hakkı sağlamaz⁶⁹. Geçici korunanların Türkiye’de çalışması ise çalışma iznine tâbi olup (GKY, m.29), buna ilişkin usul ve esaslar 2016 tarihli Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelik⁷⁰ ile düzenlenmiştir. Ancak nitelikli yabancı işgücüne sağlanan Turkuaz Kart geçici koruma kapsamındaki yabancılara verilmemektedir (6735 sayılı ve 2016 tarihli Uluslararası İşgücü Kanunu⁷¹, m.11/6). Bununla birlikte, Geçici Koruma Yönetmeliği çerçevesinde sağlık ve eğitim hizmetleri başta olmak üzere, geçici korunanlara iş piyasasına erişim, sosyal yardımlar ve tercümanlık hizmetleri de sunulmaktadır (GKY, 6. Bölüm).

Türkiye bakımından geçici korumanın tipik örneğini ülkemize sığınan Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşları teşkil etmekte ve bunların geçici korumadan faydalanabilmesi Yönetmeliğin Geçici Madde 1’e⁷² dayanmaktadır.

Görüldüğü üzere, Türkiye’de coğrafi sınırlama uygulaması yalnızca “mülteci” statüsü bakımından önem arz etmekte ve bu durum, Avrupa dışından gelenlerin korumasız bırakıldığı anlamını taşımamaktadır. Zira sığınmak amacıyla Avrupa dışından gelenlere de, geliş nedenlerine göre Türk hukukunda öngörülen diğer koruma türlerinden biri sağlanabilmektedir. Fakat coğrafi sınırlama uygulamasının günümüzde de sürdürülmesi, bu uygulamanın kaldırılmasına ilişkin tartışmalara yol açıp bazı soruların yanıtlanmasını gerektirmektedir. Örneğin, neden Türk mülteci hukukunda coğrafi sınırlama halen uygulanmaktadır? Ya da bu uygulamanın kaldırılıp kaldırılmaması neden Türkiye için güncelliğini korumaktadır? Çalışma konumuzu da teşkil eden bu soruların açıklanması önem arz etmektedir.

V. COĞRAFI SINIRLAMANIN KALDIRILMASI SORUNU

Yukarıda da belirtildiği üzere, Türkiye’nin uyguladığı coğrafi sınırlamanın kaldırılması için uluslararası alanda baskılar yapılırsa da, bu uygulamaya günümüzde de devam edilmektedir. Coğrafi sınırlamanın sürdürülmesi zaman zaman eleştirilere neden olmuş ve hatta bu uygulamanın bazı şartlarla kaldırılabilirliği de ifade edilmiştir. Öyleyse Türk mülteci hukukunda uygulanan coğrafi sınırlama kaldırılmalı mıdır?

Sorunun yanıtlanması için öncelikle konu ile ilgili 2005 tarihli “İltica ve Göç Alanındaki Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Eylem Planı’nın (Ulusal Eylem Planı)⁷³ ilgili hükümlerini ele almakta fayda vardır. Aslında 2000’li yılların başından ve Ulusal Eylem Planı’nın kabul edildiği 2005 yılına kadar benzer nitelikteki bazı belgelerden⁷⁴ söz etmek mümkün olsa da, çalışma konumuza sadık kalmak amacıyla burada yalnızca Ulusal Eylem Planı’nda yer alan coğrafi sınırlamanın kaldırılması ile ilgili hükümlere yer vermeyi uygun görmekteyiz.

and Bearing the Consequences Thereof (Council Directive 2001/55/EC); <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2001/55/oj> (Erişim: 22.10.2022).

⁶⁸ RG:22.10.2014, 29153.

⁶⁹ Geçici koruma kapsamındaki Suriyelilerin Türk vatandaşlığına alınması ile ilgili geniş bilgi için bkz. ÖZEL, s.726-733; NURDOĞAN, Ali Kemal/ÖZTÜRK, Mustafa: “Geçici Koruma Statüsü ile Türkiye’de Bulunan Suriyelilerin Vatandaşlık Hakkı”, SDÜ İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 23(3), 2018, s.1168-1171; YAZICI, Erdiç/DÜZKAYA, Hıdır: “Misafirlikten Vatandaşlığa Türkiye’deki Suriyelilerin Hukuki Statüsü: Türkiye ve Avrupa Birliği Mevzuatı Ekseninde Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, Hak İş Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi, 6(16), s.445-450.

⁷⁰ RG: 15.01.2016, 29594. Bundan sonra kısaca Çalışma İzni Yönetmeliği olarak anılacaktır.

⁷¹ RG: 13.08.2016, 29800. Bundan sonra kısaca 6735 sayılı UİK olarak anılacaktır.

⁷² GEÇİCİ MADDE 1: “(1) 28/4/2011 tarihinden itibaren Suriye Arap Cumhuriyeti’nde meydana gelen olaylar sebebiyle geçici koruma amacıyla Suriye Arap Cumhuriyeti’nden kitlesel veya bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşları ile vatansızlar ve mülteciler, uluslararası koruma başvurusunda bulunmuş olsalar dahi geçici koruma altına alınırlar. Geçici korumanın uygulandığı süre içinde, bireysel uluslararası koruma başvuruları işleme konulmaz” (Geçici Koruma Yönetmeliği).

⁷³ Tam metin için bkz. İltica ve Göç Mevzuatı, Başkent Matbaası, Ankara, 2005, s.4-58. Ayrıca bkz. <https://www.goc.gov.tr/kurumlar/goc.gov.tr/yonetmelikler/Temel-Belgeler/Iltica-Ve-Goc-Ulusal-Eylem-Planı.pdf> (Erişim: 09.10.2022). Bundan sonra kısaca Ulusal Eylem Planı olarak anılacaktır.

⁷⁴ Bkz. İltica ve Göç Mevzuatı, s.XII-XV. Örneğin, Avrupa Birliği’ne tam üyelik müzakerelerinin başlaması sürecinde Türkiye, 2001 yılında Katılım Ortaklığı Belgesi’ni imzalamış ve 2003 yılında bu Belge güncellenmiştir. Nitekim Katılım Ortaklığı Belgesi’nde, orta vadede; “1951 Cenevre Sözleşmesine getirilen coğrafi sınırlamanın kaldırılması da dâhil olmak üzere, iltica alanında AB müktesebatı ile uyumlaştırılmaya başlanması; iltica başvurularının incelemeye alınması ve değerlendirilmesi sisteminin güçlendirilmesi; sığınmacılar ve mülteciler için barınma imkânı ve sosyal destek sağlanması” gibi konulara yer verilmiştir; Bkz. Türkiye İçin Katılım Ortaklığı Belgesi (14 Nisan 2003 Tarihinde AB Konseyi Tarafından Kabul Edilen Nihai Metin, Devlet Planlama Teşkilatı, Ankara, 2003, s.21; https://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/Kob/Turkiye_Kat_Ort_Belg_2003.pdf (Erişim: 09.11.2022).

A. Genel Olarak Ulusal Eylem Planı

2000’li yılların başlarında Avrupa Birliği ile gerçekleşen hükümetler arası diyaloglarda göç ve iltica konusu güncel bir mesele olarak ön plana çıkmıştır. Yine o tarihlerde Avrupa Birliği içinde iltica mevzuatının uyumlaştırılma süreci de tamamlanmıştır. Bu gelişmeler ışığında Türk Hükümeti, AB Topluluk mevzuatının benimsenmesine yönelik Ulusal Eylem Planı’nın hazırlık çalışmalarına başlamış ve 2004 yılının Aralık ayı sonunda İltica ve Göç Alanındaki Ulusal Eylem Planı kabul edilmiştir⁷⁵.

Ulusal Eylem Planı, Türkiye’nin iltica ve göçe ilişkin önemli hususları içeren ve bu yönüyle ülkenin ilticaya ilişkin politika, uygulama ve mevzuatını etkileyen önemli bir belgedir. Ulusal Eylem Planı, Türkiye’nin Avrupa Birliği’ne (AB) katılım müzakereleri sürecinde iltica, göç ve Türk yabancılar hukuku mevzuatı ve sistemini AB müktesebatı ile uyumlu hale getirme amacını güderek, konu ile ilgili Türkiye’nin yol haritasını çizmiştir. Bu amacın hayata geçirilmesi için uyumlaştırma sürecinde yürürlüğe konması gereken yasal düzenlemeler, idari yapılanma ve fiziki alt yapının tamamlanmasına ilişkin gerekli yatırımlar ve alınacak tedbirler de dikkate alınmıştır⁷⁶. Ulusal Eylem Planı’nda ayrıca külfet paylaşımı ile ilgili çalışmalar da sürdürülmüş ve katılım müzakerelerinin tamamlanmasına paralel olarak coğrafi kısıtlamanın kaldırılmasına ilişkin önerinin Türk Büyük Millet Meclisi’ne (TBMM) sevk edileceği belirtilmiştir⁷⁷. Kısacası, AB müktesebatı ile uyumlaştırma çerçevesinde köklü değişikliklerin yapılması planlanmış ve Türkiye, bu değişiklikleri Sığınma ve Göç Alanında AB Müktesebatına Uyum ekseninde hazırladığı Ulusal Eylem Planı ile hayata geçirmeyi amaçlamıştır⁷⁸.

B. Ulusal Eylem Planı’nda Coğrafi Sınırlamanın Kaldırılması

Coğrafi sınırlama, Türkiye-AB arasında gerçekleştirilen katılım müzakereleri sürecinde de ele alınmış ve AB Komisyonu’nun, eleştirel yaklaşımla üzerinde önemle durduğu bir konu olmuştur. Komisyon, Avrupa Birliği’ne üye ya da aday ülkelerin sığınma konusunda coğrafi kısıtlamayı uygulamamalarına dikkat çekerek, bu sınırlamanın kaldırılması gerektiğinin altını çizmiştir⁷⁹.

Eleştirileri dikkate alan Türkiye, Ulusal Eylem Planı’nda meseleyi değerlendirmiş ve coğrafi sınırlamanın kaldırılması konusunun Türkiye’nin ekonomik, sosyal ve kültürel koşullarına zarar verilmeyecek şekilde çözüm bulunması gereken bir konu olduğunu belirtmiştir. Zira Türkiye, 1980’li yıllarda tırmanmaya başlayan ve dünya konjonktürünü değiştirebilecek nitelikteki toplu nüfus hareketlerinden oldukça fazla etkilenen bir ülke konumuna gelmiştir (Ulusal Eylem Planı, m.4.13)⁸⁰. Ulusal Eylem Planı’nın 4.13. maddesinde ayrıca, özellikle doğu ülkelerinden gerçekleşecek iltica hareketlerini teşvik etmeyecek şekilde gerekli mevzuat ve alt yapı değişikliklerinin gerçekleştirilmesi plânlanmış ve Avrupa Birliği (AB) ülkelerinin iltica alanındaki külfet paylaşımına ilişkin gerekli hassasiyeti göstermelerine bağlı olarak coğrafi sınırlamanın kaldırılması tasarlanmıştır. Yine coğrafi konumu nedeniyle Türkiye’ye yönelik olası bir toplu nüfus akınının söz konusu olduğu durumlarda, Türkiye’nin talebi üzerine eşit sorumluluk paylaşımı ilkesi doğrultusunda diğer devletlerin, özellikle AB üyesi devletlerinin, bireysel veya ortak olarak BMMYK veya diğer uluslararası kuruluşlar aracılığı ile gereken önlemleri alarak ilk sığınma ülkesi olan Türkiye’nin yükünün eşit bir biçimde dağıtılması gerektiğine vurgu yapılmıştır.

Ulusal Eylem Planı’nda, coğrafi kısıtlamanın kaldırılmasına ilişkin muhtemel bir tarihe de yer verilmiştir. Bu doğrultuda Türkiye’nin, Avrupa Birliği’ne katılım müzakerelerinin tamamlanmasına paralel olarak arz edecek şekilde Ulusal Eylem Planı’nda belirtilen projelerin ve koşulların tamamlanmasından ardından coğrafi kısıtlamanın kaldırılmasına yönelik bir önerinin muhtemelen 2012 yılından sonra TBMM’ne sevk edilmesi öngörülmüştü (Ulusal Eylem Planı, m.4.13). Ancak gelinen noktadan bakıldığında, yıl 2023 ve Türk mülteci hukukundaki coğrafi kısıtlamanın uygulanmasına halen de devam edilmektedir. Bunun nedeni ise, kanaatimizce, Avrupa Birliği tarafından sığınmacı meselesine ilişkin eşit külfet paylaşımının yapılmaması ve Türkiye’ye yönelik yoğun sığınma hareketlerine karşı Türkiye’nin tek başına mücadele vermesidir. Ulusal Eylem Planı’nın hazırlandığı 2005 yılından bu yana Türkiye’de sığınmacı meselesi daha da güncel hale gelmiş ve bugün ülkemize sığınan yabancıların sayıları artık milyonlara⁸¹ ulaşmıştır. Kaldı ki Türkiye, günümüzde en büyük sığınmacı nüfusuna ev sahipliği yapan ülke konumuna gelmiştir⁸². Bu nedenle, coğrafi sınırlamanın kaldırılması sorunu ülkemiz için halen de aktüelliğini korumaktadır.

Yine Ulusal Eylem Planı’nın güncellenmiş halinde de (Ocak 2016 - Aralık 2019)⁸³ 24. maddenin 1. bendinde coğrafi sınırlamanın kaldırılmasından söz edilmiştir. Buna göre,

⁷⁵ Bkz. http://madde14.org/index.php?title=T%C3%BCrkiye_Ulusal_Eylem_Plan%C4%B1 (Erişim: 12.11.2022).

⁷⁶ ÖZKAN, AİHM, s.188; GÜNER, s.87.

⁷⁷ Bu hususta Özkan’ın da belirttiği gibi, “Türkiye’nin AB’ne tam üye olmadan bu tür yükümlülüklere girmesi; bir taraftan açık ve sefalet içinde olan yasa dışı göçmenlerin, diğer yandan bulunduğumuz bölge itibarıyla sık sık karşılaştığımız siyasi ya da sosyal iç çatışmalardan haklı zulüm görme korkusuyla Türkiye’ye sığınmak isteyen kişilerin sayısının çokluğu nedeniyle; ülkenin başa çıkamayacağı boyutlara ulaşabilir. Özellikle konunun ekonomik yükü bazı yardımlarla karşılanamayacak ölçüde olabilir. Türkiye vizenin kalkması koşuluyla dahi bu tür taahhütlere girerken konuyu çok ayrıntılı olarak incelemeyi karar vermemelidir”; ÖZKAN, AİHM, s.188.

⁷⁸ BETER, Önder: Sınırlar Ötesi Umudlar (Mülteci Çocuklar), SABEV Yayınları, Ankara 2006, s.25.

⁷⁹ ÖZKAN, Göç, s.441; GÜNER, s.102-103.

⁸⁰ İltica ve Göç Mevzuatı, s.46.

⁸¹ Bkz. <https://www.goc.gov.tr/hakkimizda> (Erişim: 20.08.2023).

⁸² ODMAN, Mülteci Hukuku, s.260-261.

⁸³ Türkiye Cumhuriyeti Avrupa Birliği Bakanlığı, Avrupa Birliği’ne Katılım İçin Ulusal Eylem Planı Ocak 2016-Aralık 2019; https://www.ab.gov.tr/siteimages/birimler/kpb/ulusal_eylem_plani-_yeni.pdf (Erişim: 22.01.2023).

“Türkiye, İltica ve Göç Alanındaki Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Eylem Planı çerçevesinde; sığınma başvurusunda bulunanlara, mültecilere ve iade edilmeyi bekleyen düzensiz göçmenlere kalacak yer sağlamak için gerekli altyapıyı önemli ölçüde geliştirmek amacıyla mevzuat uyumunu sağlamak ve kurumsal kapasitesini güçlendirmek (uzman personel alımı ve eğitimi dâhil) için ayrıntılı bir yol haritası hazırlamalıdır. Bu yol haritasının, kısa, orta ve uzun vadeli öncelikleri açıkça içermesi ve gerçekçi bir plan (bütçe hesaplamaları dâhil) sunması gerekmektedir. Yol haritası, kısa, orta ve uzun vadeyi kapsayacak şekilde sarıh öncelik sıralamasını yansıtmalıdır. Türkiye Yol Haritasında, halen yürürlükte olan “coğrafi sınırlamanın” kaldırılması dâhil, Cenevre Sözleşmesini ve Protokollerini tam olarak nasıl ve ne zaman uygulayacağını belirtmelidir”.

Görüldüğü gibi, coğrafi sınırlamanın kaldırılması sorunu Türkiye için güncel bir mesele olarak ülkenin geleceği ile ilgili hazırlanan önemli belgelerde yer almaktadır. Hatta bu mesele, AİHM kararına da konu olmuş ve AİHM’nin, Türkiye’de uygulanan coğrafi sınırlamaya ilişkin yaklaşımını ortaya koymuştur.

C. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Coğrafi Sınırlamaya Yaklaşımı

AİHM, Türkiye’nin 1951 tarihli Cenevre Konvansiyonu’na coğrafi sınırlama koyduğu nedeniyle Avrupa’dan gelen sığınmacılara “mülteci”, Avrupa dışından gelenlere ise “şartlı mülteci” (sığınmacı) statüsünün tanınması yönündeki uygulamasını 1999 tarihli AG ve Diğerleri v. Türkiye davasında (Application no. 40229/98 by A.G. and Others v. Turkey)⁸⁴ değerlendirmiş ve bu uygulamanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde (AİHS)⁸⁵ düzenlenen insan haklarına aykırı bulunmadığını karara bağlamıştır.

AİHM’nin kararına konu olan olayda, İran vatandaşları AG ve diğer aile üyeleri (eşi ve üç çocukları) Türkiye’nin, mülteci statüsü bakımından uyguladığı coğrafi sınırlamanın AİHS’nin 14. maddesinde⁸⁶ düzenlenen ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil ettiğini iddia ederek Türkiye’ye karşı AİHM’de dava açmıştır. Ancak AİHM, olayla ilgili verdiği Kararı’nda Türk hukukunda coğrafi açıdan uygulanan mülteci-sığınmacı (şartlı mülteci) ayrımının, Türkiye’nin mülteci ve sığınmacı politikasının bir sonucu olduğunu; sığınma hakkının AİHS’de kabul edilmiş bir hak olmadığını; ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddenin sadece AİHS’te yer alan haklar ve özgürlükler açısından güvence sağladığını; 14. maddenin AİHS’ten bağımsız bir uygulama alanı olmadığını ve bu sebeple AİHS’te yer almayan bir hususta 14. maddenin uygulanamayacağını ifade etmiştir. Ayrıca AİHM, Türkiye’nin amacının yabancılar arasında AİHS’nin 14. maddesinin yasakladığı anlamda ırka ve soya göre ayırım yapmak olmadığını açıkça belirterek, başvurunun bu iddiaya dayanan kısmı hakkında kabul edilemezlik⁸⁷ kararı vermiş ve esastan incelemeye geçmemiştir. Hükmün devamında ise AİHM, Türkiye’nin mülteci ve sığınmacılar arasında coğrafi açıdan bir ayırım yapma yetkisinin 1951 tarihli Cenevre Konvansiyonu’na dayandığının altını da çizmiştir⁸⁸.

Sonuç itibarıyla AİHM, Türk Devleti’nin mülteci hukukunda uyguladığı coğrafi sınırlamanın 1951 tarihli Cenevre Konvansiyonu çerçevesinde uygulandığını ve bu sınırlamanın gerek Konvansiyon ve gerekse de AİHS açısından aykırılık teşkil etmediğini kabul etmiştir.

D. Doktrin

Coğrafi sınırlamanın kaldırılmasına ilişkin doktrindeki görüşlere bakıldığında ise, konu ile ilgili Türk doktrininde görüş birliğinin sağlanamadığını söylemek mümkün olabilmektedir. Buna göre bazı yazarlar, coğrafi sınırlamanın 1951 tarihli Cenevre Konvansiyonu çerçevesinde sürdürülmesi gerektiğini savunurken⁸⁹, bazı yazarlar ise coğrafi sınırlamanın Ulusal Eylem Planı’nda belirtilen şartlar çerçevesinde kaldırılabilirliğini dile getirmektedir⁹⁰. Bazı yazarlar da Türk mülteci hukukunda uygulanan coğrafi kısıtlamanın kaldırılması veya sürdürülmesi durumunda doğacak “tüm ekonomik, sosyal, kültürel ve siyasi sonuçların; etraflıca ve bilimsel ölçütlerde tartışılması, bu alandaki politika yapıcılar ve uygulayıcıların da katkılarıyla pratik derinliğinin sağlanarak ortaya konulması”⁹¹ ve akabinde konunun ele alınmasının isabetli olabileceğini belirtmektedir.

Konu ile ilgili Uluslararası Af Örgütü Türkiye Şubesi ise Türkiye’nin, 2016 yılında 65. yılına giren Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Konvansiyona koyduğu coğrafi sınırlamayı kaldırması ve Konvansiyondaki şartları taşıyan tüm sığınmacıların “mülteci” statüsü başvurusunda bulunabilmesinin önünü açması için çağrıda bulunmuştur⁹².

⁸⁴ Bkz. Application no. 40229/98 by A.G. and Others against Turkey.

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22dmdocnumber%22:%22669016%22,%22itemid%22:%22001-4856%22}}> (Erişim: 12.12.2022).

⁸⁵ RG: 19.03.1954, 8662. İngilizce metni için bkz. https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf (Erişim: 22.12.2022). Bundan sonra kısaca AİHS olarak anılacaktır.

⁸⁶ Article 14 “Prohibition of discrimination”: “The enjoyment of the rights and freedoms set forth 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 or other status”.

⁸⁷ Par. 5: “...For these reasons, the Court, unanimously, Declares The Application Inadmissible”, bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:%22001-4856%22}}> (Erişim: 12.03.2023).

⁸⁸ Karar ile ilgili ayrıca bkz. EKŞİ, s.161; ÖZTÜRK, s.402.

⁸⁹ ODMAN, Mülteci Hukuku, s.166; EKŞİ, Nuray: 70. Yılında 1951 Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, Göç Araştırmaları Derneği (GAR), Aralık, 2021, İstanbul, Söyleşiler, (Söyleşiler), s.23-26; bkz. <https://www.gocarastirmalariidernegi.org/attachments/article/259/Cenevre%20S%C3%B6zle%C5%9Fme%2070.%20Y%C4%B1.pdf> (Erişim: 19.01.2023); DOST, s.46-47; ALTINIŞIK/YILDIRIM, s.39; ÖZTÜRK, Mültecinin Hukuki Statüsü, s.401- 402.

⁹⁰ ÖZKAN, Göç, s.441-442; ODMAN, Tarihsel Gelişim, s.254-256; GÜNER, s.105.

⁹¹ Bkz. PARLAK/ŞAHİN, s.68-70.

⁹² Uluslararası AF Örgütü’nün basın açıklaması, bkz. <https://www.amnesty.org.tr/icerik/turkiye-65-yil-once-imzalanen-cenevre-multeci-sozlesmesine-koydugu-sinirlamayi-kaldirmalidir> (Erişim: 21.01.2022).

E. Değerlendirme

Kanaatimizce, yukarıda belirtilen tüm görüşlerin haklı yanları olmakla birlikte, *Parlak/Şahin*'in de belirttiği gibi coğrafi sınırlamanın kaldırılması veya sürdürülmesindeki sonuçların farklı açılardan değerlendirilerek leh ve aleyhe olan hususların tartışıldıktan sonra neticeye ulaşılması daha isabetli görülmektedir⁹³. Ancak her halükarda bu sınırlamanın kaldırılması Avrupa Konseyi ülkesi Türkiye açısından olumlu bir gelişme olacak ve “mülteci” statüsünün tanınması bakımından yabancılar, geldikleri ülkelere göre bir ayrıma tâbi tutulmayacaktır.

Bununla birlikte Türk mülteci hukukunda coğrafi sınırlama uygulansa da, Avrupa dışından gelen Cenevre Konvansiyonu'nda öngörülen beş kriterden herhangi birine istinaden (ırk, din, tabiiyet, belirli bir toplumsal gruba mensubiyet ve siyasi düşünce) Türkiye'den sığınma talep eden yabancılara da mevzuat çerçevesinde “şartlı mülteci” statüsü verilmektedir. Gerek şartlı mülteci ve gerekse geçici koruma statü sahiplerinin Türkiye'de geçici süre ile kalmasına izin verilmektedir. Fakat yaklaşık on iki senedir ki geçici koruma statüsündeki Suriyeli vatandaşlar Türkiye'de kalmaya devam etmektedir. Aynı şekilde, üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar Türkiye'de kalmasına izin verilen şartlı mülteciler de, tıpkı mülteciler gibi, çoğu zaman ülkemizde devamlı olarak kalmaktadırlar. Bu noktada Parlak/Şahin'in de ifade ettiği gibi Türkiye, günümüzde Cenevre Konvansiyonu dışında, AIHS de dâhil olmak üzere bireylerin temel hak ve özgürlüklerini düzenleyen birçok uluslararası anlaşmanın imzacısı konumundadır. Ayrıca, Türk hukukunda özellikle geçici koruma ile ilgili kapsamlı düzenleme de kabul edilmiştir. O halde hem taraf olunan uluslararası anlaşmaların getirdiği mükellefiyetler hem de iç hukuk düzenlemesinden doğan ulusal taahhütler, coğrafi sınırlama uygulamasının devam etmesi hususunda gösterilen gerekçenin fiilen geçersiz olduğunu düşündürmektedir⁹⁴. Öyleyse Türkiye'nin, coğrafi sınırlama uygulamasından vazgeçip bu uygulamayı sonlandırması belki de isabetli olabilirdi. Ancak bunun için, 1951 tarihli Konvansiyonda (“Başlangıç” kısmı) da belirtildiği gibi, sığınma hakkının tanınması hususunda akit devletlerin uluslararası iş birliği çerçevesinde hareket etmeleri önem arz etmektedir. Zira Birleşmiş Milletlerce kabul edilmiş bir sorunun, uluslararası iş birliği olmaksızın tatmin edici bir şekilde çözümlenmesi mümkün değildir. *Odman*'a göre de, bireysel olarak devletlerin üstesinden gelemeyeceği bir nitelik taşıyan ve bu bakımdan sosyal, ekonomik, politik ve hukuki boyutu olan ve insan haklarını çok yakından ilgilendiren mültecilik ve sığınma sorununun ancak uluslararası iş birliği çerçevesinde çözümlenmesi mümkün olabilmektedir⁹⁵. Bunun aksine, özellikle son zamanlarda iltica ve sığınma gibi konularda Türkiye'ye çok ağır yükün yüklendiği ve bununla neredeyse tek başına mücadele ettiği su götürmez bir gerçektir. Oysa Cenevre Konvansiyonu'na taraf olan tüm ülkelerin, Türkiye'nin bu durumunu dikkate alarak iltica ve sığınma gibi konularda, tabiri caizse, ellerini taşın altına koymaları gerekmektedir. Bu doğrultuda, Konvansiyonda da ifade edildiği gibi akit devletler, “olanakları ölçüsünde ellerinden geleni yapmalı ve yükümlülükleri paylaşmalıdırlar” (Cenevre Konvansiyonu, “Başlangıç”). Aslında Ulusal Eylem Planı'nda da bu hususlar belirtilmiş ve coğrafi sınırlamanın kaldırılması iki koşulun tamamlanmasına bağlanmıştır; a) Katılım aşamasında Türkiye'ye doğudan bir mülteci akımını teşvik etmeyecek şekilde gerekli mevzuat ve altyapı değişikliklerinin gerçekleştirilmesi ve b) AB ülkelerince külfet paylaşımı konusunda gerekli hassasiyetin gösterilmesi. Fakat gelinen noktada, iltica ve sığınma gibi ciddi ve zor bir meselede Türkiye'nin yalnız bırakıldığını söylemek herhalde yanlış olmayacaktır. O halde, mevcut şartlar altında Türk mülteci hukukunda uygulanan coğrafi sınırlamanın kaldırılması biraz daha zaman alacak gibi gözükmektedir. *Kirişçi*'nin⁹⁶ de dikkat çektiği üzere, Türkiye'de coğrafi kısıtlamanın kaldırılması meselesi Avrupa Birliği ve Türk otoriteleri arasında uzun bir süreçte koşullarının tartışılarak görüşülmesi gereken bir konudur.

VI. SONUÇ

Günümüzde Türkiye, mülteci hukukunda coğrafi sınırlamayı uygulayan tek Avrupa Konseyi ülkesidir. Ancak konu ile ilgili sınırlama getirme hakkı 1951 tarihli Cenevre Konvansiyonu ile tanınmış ve Türkiye bu hakkı kullanmıştır. Ülkemizde iltica ve sığınma konusunda coğrafi sınırlamanın uygulanmasının en önemli sebeplerinden biri, şüphesiz ki ülkenin jeopolitik konumudur. Zira özellikle Orta Doğu coğrafyasında zaman zaman meydana gelen silahlı çatışmalar ve yaygın şiddet eylemleri binlerce ve milyonlarca insanı evinden yurdundan edip başka ülkelerde sığınma aramaya itmektedir. Ancak Türkiye, coğrafi sınırlama kapsamında “mülteci” statüsünü yalnızca Avrupa ülkelerinde meydana gelen bazı olaylar sebebiyle tanımaktadır. Mültecilerle aynı şartları taşıyan ve fakat Avrupa ülkeleri dışından gelenlere ise iç hukuk kuralları çerçevesinde “şartlı mülteci” statüsü verilmektedir. Böylece, Türkiye'ye sığınan ve koruma talep eden yabancılar gerek 1951 tarihli Cenevre Konvansiyonu ve gerekse de iç hukuk kapsamında koruma altına alınmaktadır. Üstelik Cenevre Konvansiyonu'nda kabul edilen beş kriterden hiçbirini karşılamayan ve fakat yaygın şiddet eylemleri nedeniyle tehlikeli bölgelerden kitlesel olarak gelen sığınmacılara da 6458 sayılı YUKK çerçevesinde “geçici koruma” statüsü tanınmaktadır.

Ancak Türkiye'nin uyguladığı coğrafi kısıtlama tartışmalara da konu olup, bu uygulamanın kaldırılıp kaldırılmamasına yönelik farklı görüşler ortaya konulmuştur. Hatta bu konu, AIHM kararına da konu olmuş

⁹³ PARLAK/ŞAHİN, s.68-70.

⁹⁴ PARLAK/ŞAHİN, s.75-76.

⁹⁵ ODMAN, Mülteci Hukuku, s.1.

⁹⁶ KİRİŞÇİ, Kemal: “The Question of Asylum and Illegal Migration in European Union- Turkish Relations”, Turkey and The European Union Domestic Politics, Economic Integration and International Dynamics, Journal Offprint, A Frank Cass Journal, 4(1), 2003, s.88.

ve fakat Mahkeme, Türkiye’de uygulanan coğrafi sınırlamanın uluslararası belgelere ve insan haklarına aykırılık teşkil etmediğini karara bağlamıştır. Doktrinde ise bununla ilgili görüş birliğinin sağlandığını söylemek güçtür, zira coğrafi sınırlamanın kaldırılmaması gibi, belli şartlarla kaldırılabileceği de savunulmaktadır.

Şahsi kanaatimizce de Türk mülteci hukukunda uygulanan coğrafi sınırlamanın kaldırılması isabetli olabilirdi. Zira kişilerin, geldikleri ülkeye göre bir ayrıma tâbi tutulması ve buna göre “mülteci” ya da “şartlı mülteci” statüsünün tanınmasının eleştiriye açık bir konu olduğunu düşünmekteyiz. Bu yüzden, Avrupa Konseyi ülkesi Türkiye’de coğrafi sınırlamanın kaldırılması olumlu karşılanabilecektir. Zaten konu ile ilgili çeşitli argümanlar değerlendirildiğinde de, bu uygulamanın sürdürülmesinden ziyade kaldırılması daha uygun gözükebilirdi. Ancak bunun için, yukarıda da ifade edildiği gibi, hem 1951 tarihli Cenevre Konvansiyonu’nda hem de Türkiye’nin Ulusal Eylem Planı’nda belirtilen hususların yerine getirilmesi icap etmektedir. Bu çerçevede sığınma konusunda son derece ağır yükü olan Türkiye’nin, uluslararası iş birliği kapsamında yükü paylaşılmalı ve tüm Devletlerin, mülteci sorununun toplumsal ve insani yönlerini kabul ederek olanakları ölçüsünde ellerinden geleni yapmaları önem arz etmektedir (Cenevre Konvansiyonu, “Başlangıç”). Bunun için de Birleşmiş Milletler gibi uluslararası bir kuruluşun, hiç vakit kaybetmeksizin daha aktif rol alması ve uluslararası iş birliği koordinasyonunu sağlaması gerekmektedir. Keza Avrupa Birliği’nin de iltica ve sığınma gibi konularda Avrupa Birliği sahasında aynı hassasiyeti göstermesi esastır.

KAYNAKÇA

- ALTINIŞIK, ÇİĞDEM/YILDIRIM, Mehmet Şahin: Mülteci Haklarının Korunması, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2002.
- ASAR, Aydoğan: Yabancılar Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- AYBAY, Rona: “Bürokrasi ve İnsan Hakları”, Türkiye Barolar Birliği, Açık Oturum, 10 Aralık, 2006, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2007.
- BALUN, Bora/KURTER, Osman/DİNÇAY, İsmail Hakkı: “Göç Yönetimi ve Göçlerin Türkiye’deki Sosyoekonomik Yaşama Etkilerine İlişkin Akademisyen Görüşleri”, Üçüncü Sektör Sosyal Ekonomi Dergisi, 58(1), 2023, s.877-900.
- BARKIN, Ersan: “1951 Tarihli Mülteciliğin Önlenmesi Sözleşmesi”, Ankara Barosu Dergisi, (1), 2014, s.333-360.
- BETER, Önder: Sınırlar Ötesi Umutlar (Mülteci Çocuklar), SABEV Yayınları, Ankara 2006.
- BULUT, Yakup/AKIN, Soner/KARAKAYA, Sedat: “Türkiye’nin Mülteci Politikaları: Suriyeli Mültecilerin Üzerine Bir İnceleme”, Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, (39), 2018, s.207-222.
- ÇELİKEL, Aysel/ÖZTEKİN GELGEL, Günseli: Yabancılar Hukuku, 20. Bası, Beta, İstanbul 2014.
- ÇETİNER, Sibel/GÜNAY, Enver: “Uluslararası Göçün Sosyo-Kültürel Etkilerinin Değerlendirilmesi: Türkiye Örneği”, Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 18(47), s.1-21.
- ÇİÇEKLİ, Bülent: Yabancılar ve Mülteci Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- DEMİR, Necati: “Mülteci (Sığınmacı) Kavramına Düşünsel Yaklaşım”, Yedi Aralık Sosyal Araştırmalar Dergisi (YASAD), 1(2), 2022, s.1-22.
- DOĞAN, Vahit: Türk Yabancılar Hukuku, 5. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2020.
- DOST, Süleyman: “Ulusal ve Uluslararası Mevzuat Çerçevesinde Ülkemizdeki Suriyeli Sığınmacıların Hukuki Durumu”, SDÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 4(1), 2014, s.27-69.
- EKŞİ, Nuray: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku (Yabancılar), 4. Baskı, Beta, İstanbul 2016.
- ERDOĞAN, M. Murat, Türkiye’deki Suriyeliler Toplumsal Kabul ve Uyum, 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2015.
- ERGÜVEN, Nasih Sarp/ÖZTURANLI, Beyza: “Uluslararası Mülteci Hukuku ve Türkiye”, AÜHFD, 62(4), 2013, s.1007-1061.
- GANIYEVA, Salımya: “Türk ve Rusya Federasyonu Hukukunda Mülteci ve Sığınmacı Kavramları Arasındaki Ayrım”, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 16(2), 2014, s.45-82.
- GOODWIN-GİLL, Guy S: Статус Беженца в Международном Праве [(The Refugee in International Law, second edition (Uluslararası Hukukta Mülteci Statüsü), İngilizceden çev. İvanchenkova, A.V, editör Levina, M.İ)], UNİTİ, Moskova 1997.
- GÜNER, Cemil: “İltica Konusunda Türkiye’nin Yol Haritası: Ulusal Eylem Planı”, AÜHFD, 56(4), 2007, s.81-109.
- HEKİMLER, Alpay: İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin Kabul Edilişinin 60. Yıldönümünde Taşıdığı Anlam ve Önemi, Sosyal Bilimler Metinleri, Namık Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Tekirdağ 2009.
- KABAKUŞAK, Damla: “Kültürel Çeşitliliğin Yönetim Modelleri Üzerine Bir İnceleme: İltica ve Göç Ulusal Eylem Planı”, Sosyoloji Araştırmaları Dergisi, 21(1), 2018, s.102-130.
- KARA, Polat/KORKUT, Recep: “Türkiye’de Göç, İltica ve Mülteciler”, Türk İdare Dergisi, (467), 2010, s.153-162.
- KARABULUT, Ümrân: “İnsan Hakları Perspektifinden Göç ve Mültecilik: 1951 Tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Karşılaştırması”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10(2), 2022, s.903-923.
- KİRİŞÇİ, Kemal: “Turkey, UNHCR, and The 1951 Convention Relating to The Status of Refugees: Problems and Prospects of Cooperation”, The Refugee Convention at Fifty, (Ed. By Joanne van Selm/Khoti Kamanga/Jonn Morrison/Aninia Nadig/Sanja Spoljar VrzinaLoes van Willige), LEXINGTON BOOKS, USA 2003.
- KİRİŞÇİ, Kemal: “The Question of Asylum and Illegal Migration in European Union- Turkish Relations”, Turkey and The European Union Domestic Politics, Economic Integration and International Dynamics, Journal Offprint, A Frank Cass Journal, 4(1), 2003.
- LATİF, Dilek: “Refugee Policy of The Turkish Republic”, The Turkish Yearbook of International Relations, (33), 2002, s.1-29.
- NURDOĞAN, Ali Kemal/ÖZTÜRK, Mustafa: “Geçici Koruma Statüsü ile Türkiye’de Bulunan Suriyelilerin Vatandaşlık Hakkı”, SDÜ İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 23(3), 2018, s.1163-1172.
- ODMAN, M. Tevfik: Mülteci Hukuku (Mülteci Hukuku), AÜ. SBF. İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 1995.
- ODMAN, M Tevfik: Tarihsel Gelişim Sürecinde Güncelleştirilmiş Mülteci Hukuku (Dünyada ve Türkiye’de İlticanın Gelişim Süreci) (Tarihsel Gelişim), Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- ÖZCAN, Hüseyin: Anayasa Hukuku Açısından Sığınma Hakkı, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022.

- ÖZEL, Sibel: “Türkiye’deki Suriyelilerin Hukuki Statüsü”, YÜHFD, 17(2), 2020, s.709-734.
- ÖZKAN, Işıl: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Işığında Avrupa Birliği’nin Göç ve Sığınma Politikası” (AİHM), Ankara Barosu Dergisi, (1), 2011, s.165-188.
- ÖZKAN, Işıl: Göç-İltica ve Sığınma Hukuku (Göç), Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- ÖZKAN, Recep: “Göç Olgusu ve Toplumsal Yapıya Etkisi”, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 17(2), 2019, s.127-145.
- ÖZKERİM GÜNER, Neslihan: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Mültecilerin Haklarının Korunmasındaki Rolü”, Göç Araştırmaları Dergisi, 2(2), 2016, s.212-241.
- ÖZTÜRK, Neva Övünç: “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartında Yer Alan Sığınma Hakkının Tahlili” (Sığınma Hakkı), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(2), 2012, s.187-228.
- ÖZTÜRK, Neva Övünç: Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi (Mültecinin Hukuki Statüsü), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.
- PARLAK, Bekir/ŞAHİN, Ali Utku: “Türkiye İltica ve Göç Mevzuatının Coğrafi Kısıtlama Uygulaması Yönünden Analizi”, Tesam Akademi Dergisi, 2(2), 2015, 65-79.
- PEKER, Bülent/SANCAR, Mithat: Mülteciler ve İltica Hakkı. Yaşamın Kıyısındakilere Hoş geldin Diyebilmek, İnsan Hakları Derneği Yayını, Ankara, 2001.
- SAFİ, Sibel: Mülteci Hukuku (Mülteci Hukuku), Legal Yayıncılık, İstanbul 2018.
- SAFİ, Sibel: “Uluslararası Hukukta Mülteciler, Sığınmacılar ve Entegrasyonun Yasal Göstergeleri” (Mülteciler, Sığınmacılar), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 17(34), 2018, s.31-63.
- SÜTLÜOĞLU, Balay: Uluslararası Mülteci Hukuku ve Türk Hukukunda Sığınma Sistemi, On İki Levha Yayıncılık, Ankara 2021.
- TOPAL, Ahmet Hamdi: “Geçici Koruma Yönetmeliği ve Türkiye’deki Suriyelilerin Hukuki Statüsü”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(1), 2015, s.5-22.
- ÜMİT, Ceyda: “Mülteci Hukukuna Genel Bakış ve İltica-Sığınma Konularında Türkiye’deki Uygulama”, Adalet Dergisi, 92(8), 2001, s.35-52.
- YAZICI, Erdinç/DÜZKAYA, Hıdır: “Misafirlikten Vatandaşlığa Türkiye’deki Suriyelilerin Hukuki Statüsü: Türkiye ve Avrupa Birliği Mevzuatı Ekseninde Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, Hak İş Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi, 6(16), s.419-456.
- İnternet Kaynakları**
- ÇORABATIR, Metin: “1951 Cenevre Sözleşmesi Ders 14”; <https://igamder.org/uploads/belgeler/1951/1951%20DERS%2014.pdf> (Erişim: 25.10.2022).
- EKŞİ, Nuray: 70. Yılında 1951 Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, Göç Araştırmaları Derneği (GAR), Aralık, 2021, İstanbul, Söyleşiler (Söyleşiler). <https://www.gocarastirmalariderneği.org/attachments/article/259/Cenevre%20S%C3%B6zle%C5%9Fme%2070.%20Y%C4%B1l.pdf> (Erişim: 19.01.2023).
- KILIÇ, Taner: “Bir İnsan Hakkı Olarak İltica”, 2017, https://insanhaklariizleme.org/vt/yayin_view.php?editid1=490 (Erişim: 04.09.2022).

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Salımya GANIYEVA, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Salımya GANIYEVA, who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.


Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayını ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir.

| The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

**ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN KUZAY KIBRIS TÜRK CUMHURİYETİ
VATANDAŞI OLAN SPORCULARIN ULUSLARARASI MÜSABAKALARA KATILIMI**PARTICIPATION OF ATHLETES WHO ARE CITIZENS OF THE TURKISH REPUBLIC OF
NORTHERN CYPRUS IN INTERNATIONAL COMPETITIONS IN TERMS OF INTERNATIONAL LAWTolga CANDAN*   & Ozan Emin HALHALLI**  **Makale Bilgi**Gönderi: 18/08/2023
Kabul : 24/11/2023**Anahtar Kelimeler***Spor Kavramı,
Uluslararası Hukuk ve
Spor Hukuku İlişkisi,
Uluslararası Olimpiyat
Komitesi,
KKTC Vatandaşı
Sporcular.***Article Info**Received: 18/08/2023
Accepted: 24/11/2023**Keywords***Concept of Sports,
Relationship between
International Law and
Sports Law,
International Olympic
Committee,
TRNC Citizen Athletes.***Özet**10.21492/inuhfd.1343905 

Günümüzde spor faaliyetlerinin giderek endüstrileşmesi, spor alanının da küreselleşmesi sonucunu doğurmaktadır. Sportif müsabakaların uluslararası naklen yayınlanması, ulusal liglerde yer alan kulüplerin farklı ülkelerde taraftar gruplarına sahip olmasına yol açarken, yabancı uyruklu sporcuların vatandaşlık değiştirerek farklı ulusal takımlarda yer almaları da artık sıradan olaylar haline gelmiştir. Ulusal kupa finallerinin farklı ülkelerde oynanması da son dönemde sporseverleri şaşırtmamaktadır. Öte yandan, sporun küreselleşmesi olgusundan hala yararlanamayan ülke sporcularının varlığı da bir başka gerçeklik olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti devletinin uluslararası toplum tarafından hala tanınmaması, KKTC vatandaşı olan sporcuların durumunu da doğrudan olumsuz etkilemektedir. Her ne kadar Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 17 Kasım 2003 tarihinde kabul edilmiş 58/5 No'lu Karar ile sporun; eğitim, sağlık, kalkınma ve barışı teşvik etmek için önemli bir araç olarak kabul edilmesi gerektiği vurgulanmışsa da, söz konusu kararın, KKTC vatandaşı sporcuların uluslararası spor müsabakalarına katılmasına yönelik herhangi bir olumlu etkisi olmamıştır. Özellikle Uluslararası Olimpiyat Komitesi tarafından KKTC vatandaşı sporcuların ve spor takımlarının düzenlenen organizasyonlara katılımının engellenmesi konusu, spor hukuku açısından olduğu kadar uluslararası hukuk normları açısından da tartışılmalıdır. Bu makalede öncelikle spor hukukunun özel yapısı ve uluslararası örgütlenmesi genel hatlarıyla incelenecektir. Sonrasında ise uluslararası spor hukuku açısından KKTC vatandaşı sporcuların ve spor kulüplerinin uluslararası müsabakalara katılımı ele alınacaktır.

Abstract

Nowadays, the increasing industrialization of sports activities leads to the globalization of the field of sports. International broadcasting of sporting competitions has led to clubs in national leagues having fan groups in different countries, while foreign athletes changing their citizenship and taking part in different national teams have become ordinary events. The fact that national cup finals are played in different countries does not surprise sports fans. On the other hand, the existence of national athletes who still cannot benefit from the globalization of sports is another reality. In particular, the fact that the Turkish Republic of Northern Cyprus is still not recognized by the international community has a direct negative impact on the situation of TRNC citizen athletes. Although Resolution 58/5 adopted by the United Nations General Assembly on 17 November 2003 emphasised that sport should be recognised as an important means of promoting education, health, development and peace, this resolution has not had any positive impact on the participation of TRNC national athletes in international sports competitions. In particular, the issue of preventing the participation of TRNC citizen athletes and sports teams in the organisations organised by the International Olympic Committee should be discussed in terms of international legal norms as well as sports law. In this article, first of all, the special structure and international organization of sports law will be examined in general terms. Afterwards, the participation of TRNC citizen athletes and sports clubs in international competitions will be discussed in terms of international sports law.

 Bu eser [Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır.

* Doç. Dr., Türk-Alman Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı.

** Arş. Gör., Türk-Alman Üniversitesi, İİBF, Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** CANDAN, Tolga/ HALHALLI, Ozan Emin, "Uluslararası Hukuk Açısından Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Vatandaşı Olan Sporcuların Uluslararası Müsabakalara Katılımı", İnÜHFD, 14(2), 2023, s.583-596. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

Introduction and Research Purpose

The fact that the Turkish Republic of Northern Cyprus (TRNC) is not recognized by the international community has directly affected the situation of athletes who are TRNC citizens. With Resolution 58/5 adopted by the United Nations General Assembly (UNGA) on 17 November 2003, it was emphasized that sport should be recognized as an important means of promoting education, health, development and peace respectively. Accordingly, although it was emphasized that sport is a unifying and peaceful global tool, these calls could not eliminate the negative impact on athletes of the original 1983 call by the United Nations not to recognize the independence of the TRNC.

The non-recognition of TRNC national athletes and sports teams by the International Olympic Committee (IOC) and their non-acceptance to the events organized is a matter of international law that needs to be addressed. In this context, it is necessary to evaluate the special structure of sports law, the relationship of sports law with other branches of law and the status of the TRNC in general terms in terms of international law.

Literature Review

Since the Turkish Republic of Northern Cyprus is not recognized by the international community in general, the sources addressing the rights of the citizens of the Turkish Republic of Northern Cyprus in relation to sports law are very limited. In this context, the only direct sources on the subject are the internet publications of Hüseyin Alpay Köse. In addition, the sources related to the Olympics and the states that have the right to participate in the Olympics were also emphasized, thus answering the question of why the Turkish Republic of Northern Cyprus could not participate in the Olympics. In this context, Amanda SHENDRUK's publication "The world has 193 countries, so why are there 205 teams in the Olympics?" is interesting. Because the Cook Islands sample was addressed through this publication.

The rules of the International Olympic Committee have also been an important factor in our study. The Olympic Charter (in force as from 8 August 2021) has been the main source of reference in this context.

Due to the limited resources that directly contribute to the subject, it is thought that our study will contribute to the literature with the questions it will ask.

Methodology and Findings

A critical approach was adopted as a method. The main reason for this is that the basic philosophy and values of sport and the status of the Turkish Republic of Northern Cyprus athletes are not compatible. Our study is a compilation of the information scattered in the literature.

The approach of Pierre de Coubertin, the founder of the modern Olympic Games, who distinguished between "political geographies" and "the geography of sport" has formed the basic values of the regulations on sports law. According to the fundamental principles, the main aim of Olympism is to promote a peaceful social structure concerned with securing human dignity and to put sport at the service of the harmonious development of humanity. The practice of sport as a requirement of Olympism is therefore recognized as a human right. The non-recognition of the TRNC National Olympic Committee is not in line with the fundamental principles of Olympism. As a result, the admission or non-admission of athletes to international sports competitions based solely on their ties to the state of citizenship should be considered as an approach that is incompatible with the fundamental principles of international sports law and fundamental human rights.

Conclusions, Limitations, and Recommendation.

Since TRNC citizen athletes cannot participate in international sports competitions, they can only participate in international competitions organized within the New Federation Board, in which unrecognized countries can take part, or in international competitions representing the Republic of Turkey, as a citizen of the Republic of Turkey. Although practicing sports is recognized as a human right as a requirement of Olympism, the refusal of the TRNC National Olympic Committee athletes to participate in international competitions is not considered as a violation of human rights by the International Olympic Committee. The admission of athletes to international sporting competitions solely on the basis of their ties to their state of citizenship is considered incompatible with fundamental human rights in today's globalized world. Unfortunately, the fundamental rights of athletes have been ignored as this issue has been treated as a political issue in the international community. This has limited the adequate discussion of the legal aspects of the issue. With this study, this neglected area has been made more visible. It will be important to address the legal questions of this field by different researchers.

I. GİRİŞ

Spor hukuku, kendisine özgü yapısıyla birçok hukuk dalı ile birlikte ele alınmakta ve küresel bir çevrede karşılık bulmaktadır¹. Sporun günden güne endüstriyel bir yapı olarak şekillenmesi de bu küreselleşme sürecine katkı sunmuştur². Birleşmiş Milletler Genel Kurulu (BMGK) tarafından 17 Kasım 2003 tarihinde kabul edilmiş olan 58/5 no.lu Karar ile birlikte, sırasıyla sporun; eğitim, sağlık, kalkınma ve barışı teşvik etmek için önemli bir araç olarak kabul edilmesi gerektiği vurgulanmıştır³. Ancak sporun ve spor hukukunun uluslararası toplumda edindiği yerin içerisinde, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti (KKTC) sporcularına yer verilmemesi, KKTC vatandaşı olan sporcuların durumunu doğrudan etkilemiştir. KKTC vatandaşı olan sporcuların ve spor takımlarının, Uluslararası Olimpiyat Komitesi⁴ tarafından tanınmaması ve düzenlenen organizasyonlara kabul edilmemesi, ele alınması gereken bir uluslararası hukuk konusudur.

KKTC Spor Dairesi resmi verilerine göre 2019 senesinde ülke içerisinde 32 federasyon bulunmaktadır ve bu federasyonlara kayıtlı olan toplam 28,957 sporcu vardır⁵. Buna karşılık çarpıcı bir örnek olarak, sporcu sayıları bir yana, toplam nüfusu 2016 verilerine göre 17.589 kişi olan Cook Adaları dahi Uluslararası Olimpiyat Komitesi tarafından uluslararası spor müsabakalarına kabul edilmektedir⁶. Bu durum, Modern Olimpiyat Oyunları'nın kurucusu olan Pierre de Coubertin'in (d. 1863, ö. 1937) temel hak ve özgürlükler ile uyumlu olan, "siyasi coğrafya" ile "sporun coğrafyasının" birbirinden ayrılması gerektiğine yönelik yaklaşımını ise desteklemektedir⁷. Olimpik Şart içerisinde yer alan hak ve özgürlükler; ırk, cinsiyet, cinsel yönelim, siyasi veya diğer görüşler, dil, din, ulusal veya sosyal yapı, mülkiyet, doğum temelli bir ayırım gözetilmeksizin güvence altına alınmıştır⁸. Ancak aynı Olimpik Şart içerisinde 1996 senesinde gerçekleştirilen değişikliklerle birlikte, özellikle Olimpiyat Oyunlarında artık birey ve takım odaklı değil daha çok devlet odaklı bir yaklaşım kabul edilmiştir⁹. Devlet odaklı yaklaşım ile birlikte, birey ve takım odaklı spor hukuku yaklaşımı zayıflamış, Olimpik Şart içerisinde düzenlenen temel değerlerin değişiklik ile uyumsuzluğu ortaya çıkmıştır. KKTC vatandaşı sporcuların uluslararası spor müsabakalarına kabul edilmemesi, Uluslararası Olimpiyat Komitesi'nin yaklaşımının yanı sıra, Olimpik Şart düzenlemelerinin kendi içerisinde ortaya çıkan normatif tutarsızlığın da bir sonucu olarak değerlendirilebilir.

Uluslararası Olimpiyat Komitesi'nin değişen yaklaşımı ve KKTC vatandaşı sporcuların uluslararası spor müsabakalarına kabul edilmemesi üzerine bir değerlendirme yapılabilmesi için öncelikle; spor hukukunun özel yapısı, spor hukukunun küresel boyutu ve genel hatlarıyla KKTC'nin statüsünün uluslararası hukuk açısından değerlendirilmesi gerekir. Sonrasında ise KKTC vatandaşı olan sporcuların durumu, uluslararası spor hukuku açısından değerlendirilmelidir.

II. SPOR HUKUKUNUN ÖZEL YAPISI

İnsanların, özellikle avcılık ve toplayıcılık süreçlerinde, günlük hayatının zorunlu birer parçası olarak gerçekleştirdikleri yüksek efor içeren hareketleri, günümüzde daha çok bedensel ve zihinsel gelişimleri için boş zamanlarında, eğlenmek amacıyla veya sağlıklı bir hayat sürdürme çabası içerisinde gerçekleştirdikleri

¹ Küreselleşmenin ve endüstrileşmenin bir sonucu olarak örneğin Galatasaray ile Fenerbahçe arasında gerçekleştirilecek olan 2023 Turkcell Süper Kupa futbol müsabakasının ilgili takımlarca Türkiye'de oynanması talep edilmesine rağmen Suudi Arabistan'ın başkenti Riyad'da yer alan Al-Awwal Park Stadyumu'nda oynanması planlanmıştır. Bakınız: Türkiye Futbol Federasyonu Resmi İnternet Sitesi, "2023 Turkcell Süper Kupa Tarihinde Değişiklik", 03.11.2023, <https://www.tff.org/default.aspx?pageID=687&ftxtID=42604> (Erişim: 08.11.2023); Galatasaray Spor Kulübü Resmi İnternet Sitesi, "Divan Kurulu Kasım Ayı Olağan Toplantısı", 04.11.2023, <https://www.galatasaray.org/haber/kulup/divan-kurulu-kasim-ayiolagan-toplantisi/54282> (Erişim: 08.11.2023); Fenerbahçe Spor Kulübü Resmi İnternet Sitesi, "Yüksek Divan Kurulu Toplantımız Yapıldı", 05.11.2023, <https://www.fenerbahce.org/haberler/yuksek-divan-kurulu/2023/11/yuksek-divan-kurulu-toplantimiz-basladi> (Erişim: 08.11.2023).

² Bu konuda daha detaylı bilgi için bakınız: EKMEKÇİ, Yeter Aytül Dağlı/EKMEKÇİ, Rıdvan/İRMİŞ, Ayşe: "Küreselleşme ve Spor Endüstrisi", Pamukkale Journal of Sport Sciences, 4(1), 2012, s.91-117; ATASOY, Berkant/KÜTER, Füsun Öztürk: "Küreselleşme ve Spor", Eğitim Fakültesi Dergisi, 18(1), 2005, s.11-22; ÇEYİZ, Senem/ÖZBEK, Oğuz: "Küreselleşme ve Spor Etkileşimi", International Journal of Science Culture and Sport, Special Issue 1, 2014, s.487-495.

³ United Nations, General Assembly, Resolution 58/5, 17.11.2003, https://www.sportanddev.org/sites/default/files/downloads/35_un_general_assembly_resolution_58_5_sport_as_a_means_to_promote_health_educatio.pdf (Erişim: 19.10.2022).

⁴ IOC: International Olympic Committee.

⁵ Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Devlet Planlama Örgütü, "2019 Yılı Makroekonomik ve Sektörel Gelişmeler", Ekim 2021,185, <https://www.devplan.org/ekonomi/makro-gel/makro-eko-2019.pdf> (Erişim: 16.10.2022).

⁶ Cook Adaları siyasi yapısı itibarıyla kendisine özgü niteliklere sahiptir. Cook Adaları'nın yasama, yürütme ve yargı yetkileri her ne kadar kendi elinde olsa da Yeni Zelanda sınırları içerisinde ayrı bir hukuki kişilik ile varlığını sürdürür. Bu nedenle de tam bağımsız ve tam anlamıyla egemen bir devlet olarak nitelendirilmesi doğru olmayacaktır. Diğer taraftan, da İngiltere Kralı esasında Cook Adaları Devlet Başkanı olmakta, üç yıllığına atadığı Genel Vali ile kendisini temsil ettirmektedir. Tarihi süreçlerin bir sonucu olarak Cook Adaları halkı aynı zamanda Yeni Zelanda vatandaşlığına sahipken Yeni Zelanda vatandaşı olan kişilerin ise Cook Adaları içerisinde doğrudan Cook Adaları vatandaşlık hakları bulunmamaktadır. Bu konuda daha detaylı bilgi için bakınız: Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı, "Cook Adaları'nın Siyasi Görünümü", <https://www.mfa.gov.tr/cook-siyasi-gorunumu.tr.mfa> (Erişim: 26.10.2023).

⁷ STREPPELHOFF, Robin: "Avery Brundage und der Mythos vom (unpolitischen Sport) – Eine Ideengeschichtliche Spurensuche," Stadion, 40(1), 2014, s.47; EKŞİ, Nuray: Spor Tahkim Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s.84.

⁸ International Olympic Committee: Olympic Charter (in force as from 8 August 2021), Fundamental Principles of Olympism, Nr. 6, https://stillmed.olympics.com/media/Document%20Library/OlympicOrg/General/EN-Olympic-Charter.pdf?_ga=2.23573436.723246665.1666121594-1655632423.1666121586 (Erişim: 18.10.2022).

⁹ GAUTHIER, Ryan: "Statehood and the Olympic Games", Symposium on the Olympics and International Law, 114, 2020, s.383, doi: 10.1017/aju.2020.74 (Erişim: 24.10.2022).

faaliyetlere dönüşmüştür¹⁰. Bu faaliyetler, bireysel veya örgütsel bir katılım içerisinde gerçekleştirilebilir¹¹. Bu doğrultuda spor, en genel tanımıyla insanların bireysel veya örgütsel olarak kendi zihinsel veya bedensel gelişmelerini desteklemek amacıyla gerçekleştirdikleri bedensel faaliyetler olarak kabul edilebilir¹². Bu yöndeki faaliyetlerin bedensel aktiviteleri ne yoğunlukta içermesi gerektiği ise tartışmalıdır¹³. Bir görüşe göre, spor faaliyetleri yalnızca fiziksel aktiviteleri içermelidir¹⁴. Buna karşılık, zihinsel aktivitelerden oluşan ve içerisinde yoğun bir fiziksel aktivite bulundurmayan faaliyet alanlarının spor olarak kabul edilebileceği de ifade edilmektedir¹⁵. Örneğin, doğrudan yoğun bir fiziksel aktivite içermeyen, daha çok zihinsel aktivite içeren satranç, motor sporları veya briç kart oyunu gibi faaliyet alanlarının, spor faaliyeti sayılıp sayılmayacağı üzerine değerlendirmeler yapılmıştır¹⁶. Günümüzde, sporun tüm coğrafyaları ve tüm aktiviteleri açıklayabilen, kendi içerisinde tutarlı ve net bir hukuki tanımı yapılmamıştır¹⁷. Buna karşılık, hukuk bilimine duyulan ihtiyacın bir gereği olarak, sportif faaliyet şeklinde kabul gören aktiviteler içerisinde, spor hukuku alanı gündem güne önem kazanmıştır¹⁸. Bu doğrultuda spor hukuku ise, insanın kendisine veya topluma bir yarar sağlamak amacıyla gerçekleştirdiği sportif faaliyetler ile ilgili olarak, gerçek veya tüzel kişilerin sürece dâhil edildikleri bir alanda varlık kazanmıştır¹⁹. Spor faaliyetlerinin çeşitliliği, sporun çok yönlülüğü gibi nedenlerle özel nitelikli bir hukuk dalı olarak kabul edilmesi gereken spor hukuku, diğer temel hukuk dalları ile ilişki içerisindedir. Ortaya çıkan hukuki uyumsuzlukların giderilmesine yönelik ihtiyaçlara, yine çeşitli hukuk dalları ile olan ilişkisinden de faydalanarak karşılık verir²⁰.

Spor faaliyet alanlarının sayıca çok olması ve bu alanların niteliklerinin gereği olarak tek tip bir yapı içerisinde tanımlanamayacağı düşünüldüğünde, spor hukukunun özel yapısı biraz daha somutlaşır²¹. Özellikle son yıllarda, teknolojik gelişmelerin bir sonucu olarak e-spor faaliyetleri de spor hukukunun kendisine özgü yapısına katkı sunmuş, bu gelişmenin sonucunda ise ulusal ve uluslararası e-spor takımları ile birlikte e-spor federasyonları kurulmuştur²². Spor aktivitelerinin tamamıyla bireysel faaliyetler şeklinde veya örgütsel bir katılım yoluyla gerçekleştirilebileceği ya da ulusal veya uluslararası boyutta gerçekleştirilebileceği de değerlendirildiğinde, paylaşılan tüm dinamiklerin bir sonucu olarak spor hukukunun ne kadar kendisine özgü bir yapısı olduğu anlaşılır²³. Diğer taraftan, spor hukukunun aktörlerinin yalnızca sporcular olmadığı; antrenörler, danışmanlar, spor dernekleri, federasyonlar, izleyiciler, sponsorlar, medya kuruluşları gibi aktörlerin de hukukun farklı alanları ile ilişkilendirilebilecek şekilde spor faaliyetlerine katılım gösterdiği ifade edilmelidir²⁴. Tüm bu yapısal ve niteliksel nedenlerle spor hukukunun, diğer hukuk dallarına benzemediği ve diğer hukuk dallarından da ayrı olarak ele alınamayacağı kabul edilmelidir.

III. KÜRESEL SPOR HUKUKUNA ÖZGÜ BİR KAVRAM: “LEX SPORTIVA”

Spor hukuku, açıklanan özel yapısının bir sonucu olarak, diğer hukuk dallarından farklı olarak ele alınmayı gerektirmektedir. Bu durum; spor alanlarının farklılığı, yoğunluğu ve bu doğrultuda ortaya çıkan

¹⁰ ERTAŞ, Şeref/PETEK, Hasan: Spor Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2017, s.31; GENÇ, Durmuş Ali: Spor Hukuku Ders Kitabı, Alfa Yayıncılık, İstanbul 1998, s.60; KARAOĞLU, Ercan: Spor Hukukunun Temel Kavramları ve Sportif Alanda Doğabilecek Hukuki İhtilaflar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s.13; GARDINER, Simon/O’LEARY, John/WELCH, Roger/BOYES, Simon/NAIDOO, Urvasi: Sport Law, 4. Edition, Routledge, London/New York 2012, s.4.

¹¹ FECHNER, Frank/ARNHOLD, Johannes/BRODFÜHRER, Michael: Sportrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2014: s.5.

¹² Spor kelimesinin kökeninin Latince “deportare” kelimesinden türediğini açıklayan yazarlar için bakınız: EICHEL, Benjamin: Der Sport im Recht der Europäischen Union, Nomos Verlag, Baden-Baden 2013, s.22; GÜLŞEN, Recep: Spor Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s.21.

¹³ FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, s.3.

¹⁴ FRITZWEILER, Jochen/PFISTER, Bernhard/SUMMERER, Thomas: Praxishandbuch Sportrecht, C.H. Beck, München 2014, s.3 (Rn. 2); Briç kart oyununun yeterince fiziksel aktivite içermemesi nedeniyle spor faaliyeti olarak kabul edilemeyeceğini değerlendiren Avrupa Birliği Adalet Divanı görüşünün incelendiği bir çalışma için bakınız: CANDAN, Tolga: “Briç Kart Oyunu Bir Spor Dalı mıdır? Avrupa Birliği Hukuku Açısından Bir Değerlendirme”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 25 (1), 2017, s.99-133, doi: 10.34246/ahbvuhfd.870952; DOĞU, Gazanfer/SEVİMLİ, Dilek/DURUSOY, Engin Altan (çev. edit.): Çağdaş Spor Yönetimi, Akademisyen Kitabevi, İstanbul 2013, s.6.

¹⁵ EDLING, Jörn: Schach und Recht, Books on Demand Verlag, Norderstedt 2009, s.26-27.

¹⁶ CANDAN, s.127-128.

¹⁷ EICHEL, s.30; FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, s.3.

¹⁸ KÖSE, Hüseyin Alpaz: Avrupa Birliği Hukuk Sisteminin Spor Hukukuna Etkileri, Legal Kitabevi, İstanbul 2011, s.37; DIETZEN, Stephan/STÖCKER, Merle/HELLMUND, Folker: Europäische Sportpolitik: Grundlagen, Entwicklungen, Perspektiven, The European Olympic Committees/EU Office, Brussels 2011, s.6-8.

¹⁹ GENÇ, s.59; KARAOĞLU, s.18; FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, s.1; GÜLŞEN, s.87; GARDINER/O’LEARY/WELCH/BOYES/NAIDOO, s.73; ERTEN, Rifat: Milletlerarası Özel Hukukta Spor, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s.55.

²⁰ GÜLŞEN, s.89-115; Spor hukuku ile iş hukuku arasındaki ilişkinin detaylı bir şekilde ele alındığı çalışma örneği için bakınız: BAŞTÜRK, Faruk: Uluslararası Spor Federasyonlarında İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü: FIFA ve FIBA Örneği, Turhan Kitabevi, Ankara 2017; Temel hak ve özgürlükler ile spor hukuku arasındaki ilişkinin ele alındığı çalışma örneği için bakınız: ADOLPHSEN, Jens/MARTIN, Nolte/MICHAEL, Lehner/MICHAEL, Gerlinger: Sportrecht in der Praxis, Kohlhammer, Stuttgart 2012, s.9 (Rn. 22); Ceza hukuku ile spor hukuku arasındaki ilişkinin ele alındığı çalışma örneği için bakınız: ÜNVER, Yener: Spor ve Ceza Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.

²¹ EKŞİ, s.5.

²² 24 Nisan 2018 tarihinde Spor Genel Müdürlüğü tarafından Türkiye E-Spor Federasyonu kurulmuştur. Federasyonun resmi internet sitesi için bakınız: Türkiye E-Spor Federasyonu (TESFED), <http://tesfed.gov.tr/> (Erişim: 18.09.2022).

²³ MENTZEL, Thobias: Solidarität im professionellen Fussballsport versus europäisches Wettbewerbsrecht, Stämpfli Verlag AG, Bern 2007, s.19.

²⁴ EKŞİ, s.5.

sporun küreselliği ile yakından ilgilidir²⁵. Sporun küresel gelişimi ve ekonomik değerinin artışı ile birlikte hukuki düzenlemelerin de bu yönde geliştiği gözlemlenir²⁶. Örneğin Avrupa Birliği, özellikle 2009 yürürlük tarihli Lizbon Antlaşması ile birlikte, ilk defa kendi kurumsal yapısına spor alanında düzenlemeleri de dâhil etmiştir²⁷. Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkındaki Antlaşma (ABİHA), içerdiği düzenlemeler itibariyle Avrupa Hukuku kurumsal yapısının işleyişini sağlamaktadır. İlgili Antlaşma'nın 165. maddesi incelendiğinde, Avrupa Birliği üyesi devletlere spor ile ilgili politikaların ve koordinasyonun gereklerinin yerine getirilmesi için düzenleme yapma yetkisi verildiği anlaşılır. Diğer bir ifadeyle, ABİHA madde 165 düzenlemesi, Avrupa Birliği'nin sporla ilgili düzenleme sağlama yetkisinin sınırlarını belirlemiştir²⁸. Avrupa Birliği bu sınırı belirlerken öncelikle sporun Avrupa içerisindeki boyutunu destekler; sonrasında ise yine Avrupa içerisinde sporun gelişimini amaç olarak takip eder²⁹. Avrupa Birliği içerisinde sporun gelişimi ve desteklenmesi amacıyla hedeflenmiş olan bu politikanın gerçekleştirilebilmesi için iki müdahale gereklidir. Bu iki müdahale biçimi; finansal müdahaleler ve hukuki çerçevenin oluşturulması ile ilgili müdahaleler şeklinde vurgulanmıştır³⁰. Özetle, küresel düzeyde sporun gittikçe önem kazanmasının bir sonucu olarak, Avrupa Birliği içerisinde de sporun ve sporunun desteklenmesi ve geliştirilmesi aynı doğrultuda önemli bir hukuk politikası haline gelmiştir.

Günümüz küresel spor sistemi içerisinde ulusal ve uluslararası federasyonlar düzenlemeler yapabilmekte ve ilgili düzenlemelerin gereklerinin yerine getirilip getirilmediğini denetlemektedir. Uluslararası kuruluşlar ve federasyonlar, kurallara aykırılık durumunda muhatapları cezalandırma yoluna gitmektedir. Bir yanda ulusal hukuk kuralları ve bir yanda da uluslararası kuruluşlar ile federasyonların spor faaliyetlerine ilişkin kuralları, dağınık bir sistemin parçaları gibi görünmektedir. Bu durumla ilişkili olarak sporun özel yapısının ve küresel gelişiminin beraberinde getirdiği belki de en olumsuz durum, spor hukukunun bütünsel bir yapısının bulunmamasıdır³¹. Bu olumsuz duruma karşılık, "lex sportiva" fikri ile birlikte bir çözüm üretilmeye çalışılmıştır³². Spor hukuku açısından; spor faaliyetlerine ilişkin kuralların öngörülebilir ve yeknesak bir yapıda olması hem sporun süjeleri için hem de hukukun temel ilkelerinin gereklerinin sağlanabilmesi için önemlidir. Bu gerekliliği sağlayabilmek adına sunulan lex sportiva, en geniş anlamı ile devletlerin hukuk sistemlerinden ayrı olarak, küresel spor dünyasında bağımsız olarak gelişen hukuk kurallarının tamamı olarak ifade edilmektedir³³. Buna karşılık, ilgili kavramı dar yorumlayanlara göre ise lex sportiva, Spor Tahkim Mahkemesi içtihatları ile kabul edilen hukukun genel prensiplerinden ibarettir³⁴. Ancak lex sportiva kavramının anlamsal karşılığı ile ilgili öğretide görüş birliği tam olarak bulunmamaktadır³⁵.

Öyle kurallar vardır ki çerçevesi ulusal hukuk sistemleri tarafından ya da uluslararası anlaşmalar ile belirlenmemiş kurallar olabilir; fakat önemi itibariyle spor hukukunun temel kaynağı olabilir. Bu tanıma en uygun örnek, Olimpik Şart olarak ifade edilebilir. Olimpik Hareket bünyesinde spor faaliyetinde bulunulabilmesi için Olimpik Şart'a uygun hareket edilmesi gereklidir³⁶. Bu açıdan ilgili düzenlemeler temel bir öneme sahiptir. Diğer taraftan Olimpik Şart, bir ulusal hukuk kaynağı veya uluslararası anlaşmanın sonucu da değil; doğrudan doğruya Uluslararası Olimpiyat Komitesi tarafından oluşturulan kurallar bütünüdür. Lex sportiva anlayışı neticesinde spor hukuku küresel boyutta yeknesak bir yapıya dönüşmektedir. Örnek olarak ifade edilen Olimpik Şart'ın spor hukukunun temel kaynağı olmasını da yine lex sportiva anlayışı sağlamaktadır³⁷.

Lex sportiva anlayışı ile spor hukuku kurallarını uygulayan, denetleyen ve ilgili kurallara istinaden yaptırım uygulayan uluslararası kuruluşlar ile federasyonların esasında içerisinde yer aldıkları ulusal hukuk sisteminden bağımsız olduklarına ilişkin gündeme getirdikleri iddiaları öğretide zaman zaman

²⁵ EKMEKÇİ/EKMEKÇİ/İRMİŞ, s.97; ATASOY/KUTER, s.21; ÇEYİZ/ÖZBEK, s.493.

²⁶ EKMEKÇİ/EKMEKÇİ/İRMİŞ, s.113.

²⁷ CANDAN, Tolga: "Avrupa Birliği'nin Spor Alanında Düzenleme Yapma Yetkisinin Kapsamı ve Sınırları", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9(2), 2018, s.237.

²⁸ CANDAN, s.255.

²⁹ CANDAN, s.255.

³⁰ Centrum für Europäische Politik, "Die Europäische Dimension des Sports", 2010, s.5, https://www.cep.eu/Studien/Sport/cepStudie_Die_Europaeische_Dimension_des_Sports.pdf (Erişim: 08.10.2022).

³¹ HILPERT, Horst: Die Geschichte des Sports, Jan Sramek Verlag KG, Wien 2011, s.486.

³² Lex sportiva, öğretide ifade edildiği üzere Yunan site devletleri arasında gerçekleştirilen spor faaliyetlerinde her sitenin kendi kurallarından bağımsız, ortak kurallara ihtiyaç duyulması neticesinde gündeme gelmiştir. Bu konuda daha detaylı bilgi için bakınız: KOCASAKAL, Hatice Özdemir: Sportif Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü ve Spor Tahkim Mahkemesi (CAS), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s.40.

³³ KOCASAKAL, s.41.

³⁴ Federal Alman Mahkemesi, açıkça eyalet hukukundan bağımsız bir lex sportiva anlayışının kabul edilemeyeceğini içtihat altına almıştır. İlgili karar için bakınız: OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 18.04.2001 – 13 U 66/01, Rn. 56: ".....herhangi bir eyalet yasasından bağımsız bir lex sportiva mevcut değildir..."; HILPERT, s.486.

³⁵ EKŞİ, s.10.

³⁶ International Olympic Committee: Olympic Charter (in force as from 8 August 2021), The Olympic Movement: Composition and general organisation of the Olympic Movement, Nr. 4, https://stillmed.olympics.com/media/Document%20Library/OlympicOrg/General/EN-Olympic-Charter.pdf?_ga=2.23573436.723246665.1666121594-1655632423.1666121586 (Erişim: 28.10.2023).

³⁷ Lex sportiva kaynağı olarak ifade edilebilecek temel bazı kaynaklar; Olimpik Şart, Dünya Dopingle Mücadele Kodu, Uluslararası Federasyonlar Tarafından Konulan Kurallar, Spor Tahkim Mahkemesi içtihatlarıyla Gündeme Gelen Hukukun Genel Prensipler şeklinde ifade edilebilir; EKŞİ, s.10.

tartışılmıştır³⁸. Ancak lex sportiva anlayışı, ulusal hukuku yok sayan bir hukuk düzeni üzerine de kurulmuş değildir. Aksine, lex sportiva anlayışını benimseyen ve bu yönde olacak şekilde uluslararası kuruluşlar ile uluslararası federasyonların spor kurallarını hukuk kuralı olarak benimseyen doğrudan doğruya; sporcular, kulüpler, ulusal federasyonlardır³⁹. Bu anlayışı benimseyen, kabul eden süljeler, ulusal spor hukuku kurallarını reddetmemektedir; yalnızca kendi iradeleri ile uluslararası müsabakalarda yer almak isteği neticesinde lex sportiva anlayışını benimsemektedirler. Spor hukukunun lex sportiva anlayışı ile oluşan özel kimliği, spor hukukunun aslında uluslararası hukukun sadece bir dalı olmasının da ötesine geçmesine neden olur⁴⁰. Bu nedenle spor hukuku ile uluslararası hukuk arasındaki ilişki üzerinde de durulmalıdır.

IV. ULUSLARARASI HUKUK İLE SPOR HUKUKU ARASINDAKİ İLİŞKİ

Spor aktiviteleri, uluslararası toplumda özel bir yere sahiptir. Sporun günden güne endüstriyel bir yapı olarak şekillenmesi, bu sürece katkı sunmaktadır. Uluslararası hukuk ile spor arasındaki ilişki de bu noktada farklı şekillerde somutlaştırılabilir. Örneğin, uluslararası spor organizasyonlarının gerçekleştirilebilmesi için uluslararası işbirliği anlaşmaları gündeme gelmektedir. 2022 FIFA (*Federation Internationale de Football Association*) Dünya Kupası organizasyonunun güvenliğinin sağlanabilmesi adına, Türk Silahlı Kuvvetleri'nin, Katar Devleti'ne destek kuvvet olarak gönderilmesini onaylayan Türkiye Büyük Millet Meclisi Kararı, sporun uluslararası yönünü açıklamak için somut bir örnektir⁴¹.

Uluslararası hukuk ile spor arasındaki ilişkinin oluşumuna katkı sunan en önemli gelişmelerden birisi, UNSECO olarak bilinen Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü'nün⁴² 1978 tarihi gibi erken bir dönemde kabul edilen, ulusal ve uluslararası spor programları için kapsamlı bir dizi kural ve yönerge ortaya koyan Uluslararası Beden Eğitimi ve Spor Sözleşmesi'dir⁴³. İlgili Sözleşme'nin ilk maddesi uyarınca, insanların, kişiliklerinin gelişimi için gerekli olan, spor faaliyetine ve beden eğitimine ulaşma konusunda temel hakkı olduğu kabul edilmiştir⁴⁴. Bu düzenlemeyi takip eden süreçte, Birleşmiş Milletler bünyesinde yer alan kurum, kuruluş ve uzman faaliyetleri ile birlikte, spor ve uluslararası hukuk ilişkisi farklı açılardan da desteklenmiştir. Örneğin sırasıyla; Birleşmiş Milletler Gıda ve Tarım Örgütü⁴⁵ kırsal kesimlerde spor ve eğlence içerikli projeleriyle, Uluslararası Telekomünikasyon Birliği⁴⁶ spor etkinliklerinin uydu yayımının sağlanmasına yönelik gerçekleştirdiği girişimleriyle, Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı⁴⁷ geliştirmekte olan ülkelerin spor tesislerinin finansmanı ile ilgili sunduğu katkılarıyla, Birleşmiş Milletler Çevre Programı⁴⁸ çevre dostu mekân tasarımları ile spor faaliyetlerini birleştiren girişimleri neticesinde, uluslararası spor faaliyetlerinin gelişimini desteklemiştir⁴⁹. Uluslararası spor faaliyetleri bu şekilde desteklenirken ve gelişim gösterirken, birçok hukuki uyumsuzluğun gündeme gelmesi ise kaçınılmazdır. Hukuki uyumsuzlukların yanı sıra küresel çapta gerçekleştirilen spor faaliyetleri ile ilgili olarak; devletlerin arasında, devletler ile uluslararası örgütlerin arasında veya uluslararası örgütlerin kendi aralarında bazı uluslararası anlaşmaların gündeme gelmesi de kaçınılmaz olmaktadır. Bu nedenle de doğal bir sürecin gereği olarak, spor faaliyetleri ile uluslararası hukuk arasında somut bir ilişki kurulmaktadır.

Uluslararası hukuk ile spor faaliyetlerinin oluşturduğu düzene ilişkin ifade edilmesi gereken bazı temel kaynaklar vardır. Bunlar sırasıyla; Uluslararası Olimpiyat Komitesi tarafından kabul edilen Olimpik Şart, Uluslararası Spor Federasyonlarının Statüleri, Milli Olimpiyat Komiteleri (NOC: *National Olympic Committee*) tarafından kabul edilen tüzük ve diğer talimatlar ile Ulusal Spor Federasyonları tarafından kabul edilen düzenlemelerdir⁵⁰. Ancak ilgili kaynakların etkisinin sınırlı olacağı da ifade edilmelidir. Bunun temel sebebi ise bahse konu edilen spor kuruluşlarının uluslararası hukuk kişiliklerinin olmamasıdır. Uluslararası hukuk kişilerinin düzenlemeleri ve işlemleri, bahse konu edilen uluslararası hukuk kişiliği olmayan spor

³⁸ HILPERT, s.486; GÜRTE/ERENEL, s.308.

³⁹ GROß, Verena: Gesetzlich bestimmte Strafbarkeit des Eigendopings, Mohr Siebeck, Tübingen, 2020, s.6.

⁴⁰ GÜRTE, Kadir/ERENEL, Ege: "Lex Sportiva: Spor Hukukunun Küreselliği", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(1), 2012, s.300.

⁴¹ Türkiye Büyük Millet Meclisi, Karar Tarihi: 05.10.2022, Karar No. 1339: "Katar Devleti Hükümeti Tarafından Talep Edilen Desteği Sağlamak ve Dünya Kupası Kalkını Harekâtına İştirak Etmek Üzere Hudut, Şümül, Miktar ve Zamani Cumhurbaşkanınca Takdir ve Tayin Olunacak Şekilde Türk Silahlı Kuvvetlerinin Katar Devleri Sınırları İçerisinde ve Katar Devleti Kararları ile Mücavir Bölgelerinde Görevlendirilmesi ve Bu Kuvvetlerin Cumhurbaşkanının Belirleyeceği Esaslara göre Kullanılması ile Risk ve Tehditlerin Giderilmesi için Her Türlü Tedbirin Alınması ve Bunlara İmkân Sağlayacak Düzenlemelerin Cumhurbaşkanı Tarafından Belirlenecek Esaslara Göre Yapılması için Anayasa'nın 92'nci Maddesi Uyarınca Altı Ay Süreyle İzin Verilmesine Dair Karar", <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/10/20221008-26.pdf> (Erişim: 08.10.2022).

⁴² United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization.

⁴³ NAFZIGER, James A. R.: International Sports Law, 2. Edition, Transnational Publishers, New York 2004, s.17.

⁴⁴ "Article 1 - The practice of physical education and sport is a fundamental right for all:

1.1. Every human being has a fundamental right of access to physical education and sport, which are essential for the full development of his personality...".

⁴⁵ FAO: Food and Agriculture Organization.

⁴⁶ ITU: The International Telecommunication Union.

⁴⁷ UNDP: United Nations Development Programme.

⁴⁸ UNEP: United Nations Environment Programme.

⁴⁹ NAFZIGER, s.17.

⁵⁰ ERKİNER, Kısmet: "Bir Hukuk Disiplini Olarak Spor Hukuku Kavramları ve Özellikleri", Spor Hukuku Enstitüsü, 27.06.2018, <https://www.sporhukuku.org.tr/2018/06/27/bir-hukuk-disiplini-olarak-spor-hukuku-kavramlari-ve-ozellikleri/> (Erişim: 8.10.2022); Spor hukuku ile ilgili ulusal, uluslararası ve uluslar-üstü birçok farklı kaynak bulunmaktadır. Bu kaynaklar hakkında daha ayrıntılı açıklamalar için bakınız: KÖSE, s.37-75; Ayrıca futbol sporunun Dünya'da profesyonel anlamda ilk özerk federasyonun konusunu oluşturduğuna ilişkin ek açıklamalar için bakınız: KÖSE, s.41.

kuruluşlarının düzenlemeleri ve işlemleri ile karşılaştırıldığında doğuracağı hukuki etki açısından doğaldır ki daha etkili olacaktır.

Birleşmiş Milletler tarafından 2000 senesinde gerçekleştirilen “Binyıl Zirvesi” neticesinde ortaya çıkan Birleşmiş Milletler “Binyıl Bildirgesi” de kaynak niteliğinde, önemli bir metin olarak kabul edilmelidir. Bildirge’nin 10. paragrafı ile birlikte, üye devletlere çağrıda bulunulmuş; Olimpik Barış’a uymak amacıyla üye devletler, Uluslararası Olimpiyat Komitesi’nin olimpik düzenine barış ve insani anlayış ile yaklaşmaya davet edilmişlerdir⁵¹. Olimpik Barış Doktrini olarak adlandırılan bu çağrı, öğreti tarafından karşılıksız kalmış bir çaba olarak nitelendirilmiş ve bu nedenle de Uluslararası Olimpiyat Komitesi, süreç içerisinde eleştirilmiştir⁵².

KKTC sporcularının ve spor takımlarının, Uluslararası Olimpiyat Komitesi tarafından tanınmaması ve düzenlenen organizasyonlara katılmaması meselesi de eleştiriler açısından ele alınması gereken temel bir uluslararası hukuk konusudur. Ancak bu konu, spor hukuku açısından ele alınmadan önce, KKTC’nin statüsünün uluslararası hukuk açısından genel hatlarıyla değerlendirilmesi gerekir.

V. ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN GENEL HATLARIYLA KUZAY KIBRIS TÜRK CUMHURİYETİ

KKTC, Doğu Akdeniz’de yer alan bir ada üzerinde bulunmasının yanı sıra birçok jeopolitik ve tarihi özelliğe sahiptir⁵³. Ada, konum itibarıyla Süveyş Kanalı, Doğu Akdeniz ve Ortadoğu üçgeninin deniz üstü, deniz altı ve hava yolu ulaşımının merkezi konumundadır. Bu stratejik konumu nedeniyle, tarih boyunca farklı egemen güçlerin eline geçmiştir⁵⁴. Kıbrıs Adası 16.08.1960 tarihinde, Yunanistan, Türkiye ve Birleşik Krallık tarafından imzalanan anlaşmanın sonucunda bağımsızlığını kazanmıştır⁵⁵. Her üç devletin garantörlüğünde, iki toplumun 1960 tarihinde sağladıkları uzlaşısı ile kurulan bu devletin varlığı ve statüsü, uzun süre korunamamıştır.

Kıbrıs Anayasası, 1963 tarihinde Rum Kesimi tarafından değiştirilmek istenmiş; bu yöndeki talep garantör devletlere ve Türk tarafına iletilmiştir⁵⁶. İlgili talep kabul edilmemiş ve sonrasında Rum kesimi tarafından, Türk tarafına yönelik olarak birçok şiddet eylemi gerçekleştirilmiştir⁵⁷. İlgili şiddet eylemlerinin giderilememesi üzerine Türkiye ve Ada’da bulunan Türkler, “Geçici Türk Yönetimi” isimli bir yönetimin kurulduğunu, 28.12.1967 tarihinde ilan etmişlerdir⁵⁸.

15 Temmuz 1974 tarihinde bazı Yunan subaylar tarafından gerçekleştirilen darbe sonucunda, Yunanistan’ın yeni Cumhurbaşkanı belirlenmiş; sonrasında ise Kıbrıs Adası içerisinde, Yunanistan lehine olacak şekilde *enosis* ilanı ile ilgili girişimlerde bulunulmuştur⁵⁹. Türkiye Cumhuriyeti, garantör devlet olarak 15 Temmuz ve 20 Temmuz 1974 tarihleri arasında öncelikle İngiltere ve ardından da Amerika Birleşik Devletleri ile durum değerlendirmesi gerçekleştirmiştir. Bu görüşmelerin sonucunda, Kıbrıs Adası’nda bulunan Türklerin zulüm görmelerinin engellenmesi konusunda sonuç elde edilememiştir⁶⁰. Bunun üzerine ise Ada’da bulunan Türk halkının korunması amacıyla Türkiye Cumhuriyeti, 20.07.1974 tarihinde Kıbrıs’a askeri müdahalede bulunmak üzere karar almıştır⁶¹. Askeri müdahalenin ardından uluslararası toplumda, barışın korunması amacıyla girişimlerde bulunulmuştur. Öncelikle 30.07.1974 tarihinde, I. Cenevre Görüşmeleri neticesinde, Cenevre Protokolü imzalanmış; sonrasında ise 8-13.08.1974 tarihinde, II. Cenevre Görüşmeleri için taraflar yeniden toplanmıştır⁶². Bu görüşmeler sonuçsuz kalınca Türkiye Cumhuriyeti, Kıbrıs Adası’na 14.08.1974 tarihinde başlayan ve üç gün süren ikinci askeri müdahalesini gerçekleştirmiştir. Bu müdahalenin ardından öncelikle Kıbrıs Türk Federe Devleti 13.02.1975 tarihinde kurulmuş ve sonrasında ise, 15.11.1983 tarihinde KKTC, bağımsızlığını ilan ettiğini uluslararası topluma duyurmuştur⁶³.

⁵¹ Hukuk Ansiklopedisi, “Birleşmiş Milletler Binyıl Bildirgesi”, Aralık 2021, <https://hukukbook.com/birlesmis-milletler-binyil-bildirgesi/#:~:text=Birle%C5%9Fmi%C5%9F%20Milletler%20Biny%C4%B1%20Bildirgesi%2C%206,%C3%B6ncelikli%20k%C3%BCresel%20taahh%C3%BCt%20belgelerinden%20biri> (Erişim: 08.10.2022).

⁵² ERKİNER, Kısmet: “Uluslararası Olimpiyat Komitesi ve Spor Hukuku”, Spor Hukuku Enstitüsü, 27.06.2018, <https://www.sporhukuku.org.tr/2018/06/27/uluslararasi-olimpiyat-komitesi-ve-spor-hukuku/> (Erişim: 08.10.2022).

⁵³ Daha detaylı bilgi için bakınız: İNALCIK, Halil: Tarihe Düşülen Notlar Cilt I, Timaş Yayınları, İstanbul 2015, s.192-198; BAYDAR, M. Naci: Avrupa Birliği – Türkiye & Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, 2. Baskı, Pasifik Ofset Ltd. Şti., İstanbul 2013, s.261-278; TOLUNER, Sevin: Kıbrıs Uyuşmazlığı ve Milletlerarası Hukuk, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1977, s.8-65; SONYEL, Salahi R.: The Struggles of the Turkish People of Cyprus, Cyprus Turkish Association Publications, London 1995; STAVRINIDES, Zenon: The Cyprus Conflict: National Identity and Statehood, CYREP Yayınları, Ankara 1975; EPİNEY, Astrid/HALTERN, Ulrich/HOFSTÖTTER, Bernhard/İLERİ, Atılay: Zypern in der Europäischen Union: Ausgewählte völker- und europarechtliche Aspekte, Nomos Verlag, Baden-Baden 2008; SERTER, Vehbi Zeki: Adım Adım... Kıbrıs Cumhuriyeti (1960-1963), Genelkurmay Personel Başkanlığı Askeri Tarih ve Stratejik Etüt (ATASE) Daire Başkanlığı Yayınları, Ankara 2014.

⁵⁴ İNALCIK, Cilt I, s.39-45; Yüzyıllar boyunca Türklerin egemenliği altında bulunan Ada, sonrasında 1912-1960 seneleri arasında İngiliz egemenliğinde olmuştur. Her ne kadar Kıbrıs, bu tarihsel süreç içerisinde Yunanistan’ın tam egemenliğine geçmemiş olsa da Yunanistan, Rum kesimi üzerinde egemenlik iddia etmiştir. Bu yönde bilgiler için bakınız: ERDAL, Selcen: “Uluslararası Hukukta Tanıma Kurumu ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Örneği”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 13(1), 2005, s.194.

⁵⁵ TOLUNER, s.78.

⁵⁶ SERTER, s.356; TOLUNER, s.104 ve devamı.

⁵⁷ SONYEL, s.38 vd.; SERTER, s.399 ve devamı.

⁵⁸ ERDAL, s.186.

⁵⁹ TOLUNER, s.261 ve devamı; Terim olarak “enosis”, Kıbrıs Adası’nın Yunanistan’a bağlanmasını ifade etmek için kullanılmıştır.

⁶⁰ TOLUNER, s.267-268.

⁶¹ Türkiye Büyük Millet Meclisi, Karar Tarihi: 20.07.1974, Karar No. 303: “Türk Silahlı Kuvvetlerinin Yabancı Ülkelere Gönderilmesine İzin Verilmesi Hakkında Karar”, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/14952.pdf> (Erişim: 16.10.2022).

⁶² TOLUNER, s.303.

⁶³ ERDAL, s.188.

Gelişmelerin ardından, uluslararası toplumda birçok tartışma meydana gelmiş; günümüzde de bu tartışmalar henüz sona ermemiştir⁶⁴.

Uluslararası hukuk açısından KKTC'nin hukuki statüsü ise tartışmaların merkezinde yer almaktadır⁶⁵. Bağımsızlık ilanı, uluslararası toplumda tanınmamıştır⁶⁶. KKTC, günümüzde sadece Türkiye Cumhuriyeti tarafından tanınan bir devlettir⁶⁷.

V. ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN KUZAY KIBRIS TÜRK CUMHURİYETİ VATANDAŞI OLAN SPORCULARIN DURUMU

A. Genel Çerçeve

KKTC'nin tanınmaması, KKTC vatandaşı olan sporcuların durumunu da doğrudan etkilemiştir. Bu noktada, 17 Kasım 2003 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilmiş olan 58/5 no.lu Karar içeriğinin önemi nedeniyle tekrar hatırlanmalıdır. İlgili Karar ile birlikte sporun; eğitim, sağlık, kalkınma ve barışı teşvik etmek için önemli bir araç olarak kabul edilmesi gerektiği vurgulanmış; aynı Karar ile birlikte, 2005 senesi “Uluslararası Spor ve Beden Eğitimi Yılı” olarak kabul edilmiştir⁶⁸. Bu doğrultuda her ne kadar sporun birleştirici ve barışçıl bir küresel araç olduğu vurgulanmışsa da bu çağrılar, Birleşmiş Milletler tarafından KKTC'nin bağımsızlığının tanınmamasına yönelik 1983 tarihli esas çağrısının sporcular üzerindeki olumsuz etkisini ortadan kaldıramamıştır⁶⁹. KKTC vatandaşı olan sporcuların, uluslararası müsabakalara katılmalarının önündeki engellerin, uluslararası hukuk açısından değerlendirilmesi için öncelikle, uluslararası spor müsabakalarının düzenleyicisi olan Uluslararası Olimpiyat Komitesi tanınmalıdır.

B. Uluslararası Olimpiyat Komitesi ve Olimpik Şart'ın Temel Değerleri Hakkında Genel Bilgiler

Uluslararası Olimpiyat Komitesi, küresel anlamda gerçekleştirilen olimpiyatların sorumlusu ve düzenleyicisidir⁷⁰. Komite, 23 Haziran 1894 tarihinde kurulmuştur ve merkezi Lozan'da bulunmaktadır⁷¹. Uluslararası Olimpiyat Komitesi, faaliyetlerini Olimpik Şart temelinde gerçekleştirir. Olimpik Şart uyarınca, olimpik faaliyetlerin üç bileşeni vardır; Uluslararası Spor Federasyonları (IFs: *The International Sports Federations*), Uluslararası Olimpiyat Komitesi ve Milli Olimpiyat Komiteleri (NOCs: *The National Olympic Committees*)⁷². Uluslararası Olimpiyat Komitesi, “olimpik hareket” olarak adlandırılan evrensel faaliyetlerini gerçekleştirirken öncelikle, her bir devletin sınırları içerisinde kurulmuş olan ve Milli Olimpiyat Komitesi olarak isimlendirilen kuruluşları resmi olarak tanımaktadır. Sonrasında ise Uluslararası Olimpiyat Komitesi, olimpik harekete ilgili Milli Olimpiyat Komitesini kabul etmektedir⁷³.

Olimpik Şart'ın “Olimpik Hareket” başlıklı ilk bölümü içerisinde yer alan, “Olimpiyat Oyunları” başlıklı 6 no.lu maddesinin ilk cümlesi ile birlikte, düzenlenecek olan olimpiyat oyunlarına devletlerin değil, sadece sporcuların bireysel veya takım olarak kabul edileceği düzenlenmiştir. Her ne kadar sporcular, devletlerden ayrı ele alınmış olsa da ilgili metnin devamında, ikinci cümle ile birlikte, önemli bir sınırlandırma düzenleme altına alınmıştır. Bu düzenlemede, ilgili sporcuların veya takımların, Uluslararası Olimpiyat Komitesi tarafından tanınmış, kabul edilmiş Milli Olimpiyat Komiteleri tarafından seçileceği belirtilmiştir⁷⁴. İlgili sınırlama ile birlikte, sporcuların aslında devletlerinden ayrı ele alınamayacağı kabul

⁶⁴ Daha detaylı bilgi için bakınız: Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı, “Kıbrıs Meselesinin Tarihçesi, BM Müzakerelerinin Başlangıcı”, https://www.mfa.gov.tr/kibris-meselesinin-tarihcesi_-bm-muzakerelerinin-baslangici.tr.mfa (Erişim: 16.10.2022).

⁶⁵ Kıbrıs meselesi, tarihi ve hukuki birçok değerlendirmeyi gerektirir. Konumuz, Kıbrıs vatandaşı olan sporcuların uluslararası müsabakalara katılımıyla ilgili olduğu için bu konuya ayrıca detaylı olarak değinilmemiştir. Bu konu ile ilgili daha detaylı bilgi için bakınız: ÖZERSAY, Kudret: Kıbrıs Sorunu – Hukuksal Bir İnceleme, Ankara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara 2009; NECATİGİL, Zaim M.: Kıbrıs Uyuşmazlığı ve AIHM Kıskaçında Türkiye, Turhan Kitabevi, Ankara 2005; GÜVEN, Erdal: Helsinki'den Kopenhag'a Kıbrıs, OM Yayınevi, İstanbul 2003; FIRAT, Melek M.: 1960-71 Arası Türk Dış Politikası ve Kıbrıs Sorunu, Siyasal Kitabevi, Ankara 1997; HASGÜLER, Mehmet, Kıbrıslılık, Agora Kitaplığı, İstanbul 2008.

⁶⁶ Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 18 Kasım 1983 tarihli ve 541 sayılı Kararı'nın içerisinde yer alan 7 no.lu karar metni ile birlikte, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin bağımsızlık ilanını tanımadığını açıklamıştır. Karar oy birliği ile alınmamıştır. Oylama sırasında Pakistan karşı oy kullanmış, Suriye ise çekimser oy kullanmıştır. İlgili karar metni için bakınız: United Nations Security Council, Resolution 541(1983), 18.11.1983, <https://digitallibrary.un.org/record/58970#record-files-collapse-header> (Erişim: 16.10.2022).

⁶⁷ Örneğin, Türkiye Cumhuriyeti ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti arasında imzalanan Kıta Sahanlığı Andlaşması da bu durumu pekiştirmektedir. İlgili Andlaşma metni için bakınız: Türkiye Cumhuriyeti Bakanlar Kurulu, 10.10.2012, Karar Sayısı 2012/3764: “Türkiye Cumhuriyeti ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Arasında Akdeniz'de Kıta Sahanlığı Sınırlandırılması Hakkında Anlaşma'nın Onaylanması Hakkında Karar”, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/10/20121010-3-1.pdf> (Erişim: 16.10.2022).

⁶⁸ United Nations, General Assembly, Resolution 58/5, 17.11.2003, https://www.sportanddev.org/sites/default/files/downloads/35__un_general_assembly_resolution_58_5__sport_as_a_means_to_promote_health_educatio.pdf (Erişim: 19.10.2022); Birleşmiş Milletler eski Genel Sekreteri Kofi Annan'ın 5 Kasım 2004 tarihinde de vurguladığı konu aynıdır. Kofi Annan'ın ilgili açıklaması için bakınız: ANNAN, Kofi: “UN launches International Year of Sport and Physical Education”, 5.09.2004, <https://news.un.org/en/story/2004/11/120242> (Erişim: 19.10.2022).

⁶⁹ United Nations Security Council, Resolution 541 (1983), 18.11.1983.

⁷⁰ Resmi internet sitesi için bakınız: <https://olympics.com/en/> (Erişim: 18.09.2022); International Olympic Committee, Olympic Charter (in force as from 8 August 2021), Chapter 1, Art. 2.

⁷¹ International Olympic Committee: “Lausanne, Olympic Capital”, <https://olympics.com/ioc/history/lausanne> (Erişim: 18.10.2022).

⁷² International Olympic Committee: Olympic Charter (in force as from 8 August 2021), Chapter 1, Art. 1 (2).

⁷³ International Olympic Committee: Olympic Charter (in force as from 8 August 2021), Chapter 1, Art. 3.

⁷⁴ International Olympic Committee: Olympic Charter (in force as from 8 August 2021), Chapter 1, Art. 6.

edilmiş olmaktadır. Bu durum, Uluslararası Olimpiyat Komitesi tarafından tanınmamış olan devletlerin sporcularının, uluslararası müsabakalara katılabilmelerinin önünde önemli bir engeldir. Diğer taraftan, Olimpik Şart'ın giriş kısmında, "Olimpizmin Temel İlkeleri" başlıklı bölümün içerisinde düzenlenmiş olan, ayrımcılık yasağına ilişkin temel vurgu da göz ardı edilmemelidir. Bu düzenlemeye göre, Olimpik Şart içerisinde yer alan hak ve özgürlükler; ırk, cinsiyet, cinsel yönelim, din, politik veya diğer görüşler, dil, ulusal veya sosyal arka plan, mülkiyet, doğum benzeri bir ayırım gözetilmeksizin güvence altına alınmalıdır⁷⁵. Aynı bölüm içerisinde, spor faaliyetinde bulunmanın bir insan hakkı olduğu da açıkça düzenlenmiştir⁷⁶. Açıklanan durumların sonucu olarak, Olimpik Şart içerisinde düzenleme altına alınmış kuralların, birbirini karşılamadığı ifade edilmelidir.

Olimpik Şart'ın düzenlemeleri arasındaki uyumsuzluk ve Uluslararası Olimpiyat Komitesi'nin bu düzenlemelere bağlı olarak gelişen yaklaşımı birlikte değerlendirildiğinde, KKTC sporcularının uluslararası spor müsabakalarına katılmalarının önünde somut engeller olduğu değerlendirilmelidir. Oysaki KKTC içerisinde gerçekleştirilen sportif aktivitelerin ve ülke içerisinde bulunan sporcuların sayıları, Uluslararası Olimpiyat Komitesi tarafından tanınmakta olan diğer bazı ülkelerle karşılaştırıldığında azımsanmayacak ölçüdedir⁷⁷.

C. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Milli Olimpiyat Komitesi

KKTC Spor Dairesi resmi verilerine göre 2019 senesinde ülke içerisinde 32 federasyon bulunmaktadır ve bu federasyonlara kayıtlı olan toplam 28,957 sporcu vardır⁷⁸. Bu sporcuların en yoğun faaliyet gösterdiği federasyon, bünyesinde 7.840 sporcu barındıran *Taekwondo Karate Aikido Kurash Federasyonu*'dur⁷⁹. Futbol Federasyonu da 4.053 kayıtlı sporcuyla, bünyesinde en çok sporcu bulunduran ikinci federasyondur⁸⁰. 3.365 sporcu ile Avcılık Federasyonu, 3.300 sporcu ile Atıcılık Federasyonu da yine bünyelerinde önemli sayıda sporcu barındıran diğer federasyonlardandır⁸¹. KKTC Milli Olimpiyat Komitesi, 28 Ocak 1984 tarihinde kurulmuştur⁸². KKTC Milli Olimpiyat Komitesi'nin uluslararası hukuk açısından niteliğinin tespit edilebilmesi için öncelikle Olimpik Şart'ın "Olimpik Hareket" başlıklı ilk bölümü içerisinde yer alan, "Olimpiyat Oyunları" başlıklı 6 no.lu maddesinin ikinci cümlesi ele alınmalıdır. KKTC vatandaşı olan sporcuların uluslararası olimpiyatlarda faaliyet gösterebilmeleri adına KKTC Milli Olimpiyat Komitesi öncelikle Uluslararası Olimpiyat Komitesi tarafından tanınmalıdır. Ancak ilgili Komite sadece Türkiye Cumhuriyeti tarafından tanınmakta, henüz Uluslararası Olimpiyat Komitesi tarafından tanınmamaktadır⁸³. Bu nedenle de ülke içerisinde yürütülmekte olan spor faaliyetlerine katılan KKTC sporcuları, uluslararası müsabakalara katılamamaktadır. Diğer taraftan, 1974 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti'nin Ada'ya müdahalesinden sonra da FIFA ve UEFA (*Union of European Football Associations*), Kıbrıs Türk Futbol Federasyonu'nu organizasyonlara kabul etmemiştir⁸⁴. Kıbrıs Türk Futbol Federasyonu Başkanı'nın röportajında da ifade ettiği gibi her ne kadar FIFA, 1983 tarihine kadar KKTC sporcularının turnuvalara ve özel müsabakalara katılmalarını engellememiş olsa da, sonrasında sporcuların izinlerini askıya almıştır⁸⁵. Böylece, KKTC Milli Olimpiyat Komitesi, Uluslararası Olimpiyat Komitesi tarafından tanınmamakla kalmamış ayrıca Uluslararası Federasyonlar tarafından da tanınmamıştır. Bu durumun sonucu olarak, KKTC

⁷⁵ International Olympic Committee: Olympic Charter (in force as from 8 August 2021), Fundamental Principles of Olympism, Nr. 6; EKŞİ, s.606.

⁷⁶ International Olympic Committee: Olympic Charter (in force as from 8 August 2021), Fundamental Principles of Olympism, Nr. 4.

⁷⁷ Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Devlet Planlama Örgütü raporuna göre, 2019 senesinde toplam 28.957 KKTC sporcusu vardır. Buna karşılık, çarpıcı bir örnek olarak sporcu sayıları bir yana, toplam nüfusu 2016 verilerine göre 17.589 kişi olan Cook Adaları dahi Uluslararası Olimpiyat Komitesi tarafından, uluslararası spor müsabakalarına kabul edilmektedir. Cook Adaları'nın toplam nüfusu, KKTC vatandaşı olan sporcuların sayısından bile daha az olmasına rağmen, Uluslararası Olimpiyat Komitesi tarafından düzenlenen sportif faaliyetlerde "olimpik hareket" içerisinde yer almaktadır. KKTC sporcu sayılarına ilişkin veriler için bakınız: Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Devlet Planlama Örgütü: "2019 Yılı Makroekonomik ve Sektörel Gelişmeler", s.184; Cook Adaları ile ilgili daha detaylı bilgi için bakınız: T.C. Dışişleri Bakanlığı: "Cook Adaları Ülke Künyesi", <https://www.mfa.gov.tr/cook-kunyesi.tr.mfa> (Erişim: 21.10.2022). Cook Adası, Birleşmiş Milletler tarafından tanınmamaktadır. Ancak Uluslararası Olimpiyat Komitesi tarafından tanınan bir ülkedir. Bakınız: United Nations: "Member States", <https://www.un.org/en/about-us/member-states> (Erişim: 21.10.2022).

⁷⁸ Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Devlet Planlama Örgütü: s.185.

⁷⁹ Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Devlet Planlama Örgütü: s.184.

⁸⁰ Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Devlet Planlama Örgütü: s.184.

⁸¹ Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Devlet Planlama Örgütü: s.184.

⁸² Daha detaylı bilgi için Komite tarafından KKTC Cumhurbaşkanı'na yapılan ziyarete ilişkin basın açıklamasına bakınız: Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı: "Cumhurbaşkanı Ersin Tatar, KKTC Milli Olimpiyat Komitesi yönetimini kabul etti: Kıbrıs Türk gençliği için mücadele vermeye devam ediyoruz.", 29.08.2022, <https://kktcb.org.tr/cumhurbaskani-ersin-tatar-kktc-milli-olimpiyat-komitesi-yonetimini-kabul-etti-10155> (Erişim: 19.10.2022).

⁸³ KÖSE, Alpay: "KKTC'nin Spor Alanında Yaşadığı İzolasyonun Spor Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", 11.08.2022, <https://www.sporhukuku.org.tr/2022/08/11/kktenin-spor-alaninda-yasadigi-izolasyonun-spor-hukuku-acisindan-degerlendirilmesi/> (Erişim: 16.10.2022); KKTC Milli Olimpiyat Komitesi tarafından Türkiye Milli Olimpiyat Komitesi'ne gerçekleştirilen resmi ziyaret için bakınız: Türkiye Milli Olimpiyat Komitesi: "KKTC Milli Olimpiyat Komitesi TMOK'u Ziyaret Etti", 24.05.2017, <https://olimpiyat.org.tr/Haber-Detay/KKTC-Milli-Olimpiyat-Komitesi-TMOK%E2%80%99u-Ziyaret-Etti/1542> (Erişim: 19.10.2022).

⁸⁴ KÖSE, Alpay: "KKTC'nin Spor Alanında Yaşadığı İzolasyonun Spor Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", 11.08.2022, <https://www.sporhukuku.org.tr/2022/08/11/kktenin-spor-alaninda-yasadigi-izolasyonun-spor-hukuku-acisindan-degerlendirilmesi/> (Erişim: 16.10.2022); UEFA, Avrupa Futbol Federasyonları Birliği ve FIFA, Uluslararası Birlik Futbol Federasyonu şeklinde Türkçe karşılıkları ile ifade edilebilir.

⁸⁵ TRTSPOR: "KKTC'de CAS'a gitme planı", 10.02.2020, <https://www.trtspor.com.tr/haber/futbol/dunyadan-futbol/kktcde-casagitme-plani-202863.html> (Erişim: 17.10.2022).

sporcuları Komite tarafından düzenlenen veya Uluslararası Federasyonlar tarafından düzenlenen müsabakalarda yer alamamaktadır.

D. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Vatandaşı Olan Sporcuların Durumu

KKTC Milli Olimpiyat Komitesi bünyesindeki sporcuların uluslararası müsabakalarda yer alamaması durumu, incelenmesi gereken bir konudur. Türkiye Cumhuriyeti ve KKTC Hükümeti'nin görüşlerinin aksine olacak şekilde, 16.04.2003 tarihli Katılım Andlaşması ile birlikte başlayan sürecin sonunda, 01.05.2004 tarihi itibarıyla artık Güney Kıbrıs Rum Yönetimi (GKRY), esasında Kıbrıs Adası'nın bütünü temsil ettiğini iddia ederek Avrupa Birliği'ne (AB) üye olmuştur⁸⁶. Dolayısıyla Türkiye Cumhuriyeti ile KKTC Hükümeti görüşlerinin aksine, Ada'nın kuzey tarafında yaşayan Türk vatandaşlarının Kıbrıs Cumhuriyeti vatandaşlıklarından kaynaklanan bir AB vatandaşlıkları bulunduğu iddia edilmiştir. GKRY tarafından savunulan "tüm Ada üzerinde siyasi egemenlik" vurgusuna karşılık olarak, KKTC ve Türkiye Cumhuriyeti'nin itirazını tutarlı bir şekilde sürdürebilmesi önemlidir. Uluslararası hukuk açısından bu nedenle, KKTC vatandaşı olan sporcuların durumu ayrı bir öneme sahiptir. KKTC sporcularının sadece KKTC vatandaşlıkları üzerinden değerlendirilerek uluslararası spor müsabakalarına kabul edilmelerine ilişkin ısrarlı talepleri, GKRY'nin tüm Ada üzerindeki siyasi egemenlik iddiasına karşı "uluslararası toplumda ileri sürülmüş bir itiraz" anlamına da gelecektir. KKTC, kendi vatandaşı olan sporcuların uluslararası müsabakalara kabul edilmesi için girişimlerde bulunmuşsa da, bu girişimler henüz tam anlamıyla sonuç vermemiştir⁸⁷. KKTC vatandaşı sporcular ise mevcut durumda, Türkiye Cumhuriyeti adına ve Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olarak uluslararası müsabakalara katılmakta ve başarılar elde etmektedir⁸⁸.

Bilindiği üzere, Uluslararası Olimpiyat Komitesi tarafından tanınan 206 farklı Milli Olimpiyat Komitesi vardır⁸⁹. Diğer bir ifadeyle, Uluslararası Olimpiyat Komitesi tarafından düzenlenen müsabakalara kabul edilen sporcular, yalnızca tanınmakta olan 206 Milli Olimpiyat Komitesi'ne üye sporcular arasından seçilebilmektedir. Oysaki Birleşmiş Milletler tarafından tanınan devlet sayısı, günümüz itibarıyla 193'tür⁹⁰. Bu farklılığın temelinde, Modern Olimpiyat Oyunları'nın kurucusu olan Pierre de Coubertin'in düşünceleri vardır⁹¹. Coubertin'e göre, "siyasi coğrafya" ile "sporun coğrafyası" birbirinden ayrılmalıdır⁹². İlerleyen süreç içerisinde bu anlayış devam etmiş olsa da, Uluslararası Olimpiyat Komitesi kuralları 1996 senesinde değişikliğe uğramıştır⁹³. Değişiklik sonrasında, Milli Olimpiyat Komitesinin artık "uluslararası toplum tarafından tanınan bağımsız bir devleti" temsil etmesi beklenmiştir⁹⁴. Bu gelişmeye rağmen her ne kadar Birleşmiş Milletler tarafından devlet olarak tanınmasa da 2014 senesinde Kosova, Uluslararası Olimpiyat Komitesi tarafından tanınmıştır⁹⁵. İlgili tanıma işleminin gerçekleştirilmesinde, diğer birçok Milli Olimpiyat Komitesi'nin ve Uluslararası Federasyon'un Kosova'yı tanıması olmasının rolü vardır⁹⁶. KKTC'nin henüz yalnızca Türkiye Cumhuriyeti tarafından tanınması ve 1996 tarihli kural (yaklaşım) değişikliği nedeniyle, KKTC Milli Olimpiyat Komitesi'nin Uluslararası Olimpiyat Komitesi tarafından tanınması, şu an için beklenmeyen bir durumdur.

Günümüzde, devlet olarak kabul edilmeyen bir ülkenin sporcusunun, düzenlenen uluslararası müsabakalara, ilgili ülkenin Milli Olimpiyat Komitesi aracılığıyla katılabileceği olası görünmemektedir⁹⁷. Her ne kadar devlet olarak kabul edilmeyen ülkelerin sporcularının bahse konu müsabakalara katılmaları olası görünmese de, 2021 senesinde Uluslararası Olimpiyat Komitesi tarafından alınan kararlar doğrultusunda, oluşturulacak bir "mülteci takımı" ile birlikte, ilgili sporcuların müsabakalara katılmalarının mümkün olabileceği değerlendirilmiştir⁹⁸. Böylece, Birleşmiş Milletler içerisinde, devlet dışı oluşumlar

⁸⁶ Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı: "T.C. Dışişleri Bakanlığı'nın GKRY'nin AB üyeliği ile ilgili Açıklaması", 1.05.2004, https://www.mfa.gov.tr/tc-disisleri-bakanligi_nin-gkry_nin-ab-uyeligi-ile-ilgili-aciklamasi-_1-mayis-2004_tr.mfa (Erişim: 29.10.2022).

⁸⁷ TRTSPOR: "KKTC'de CAS'a gitme planı", 10.02.2020, <https://www.trtspor.com.tr/haber/futbol/dunyadan-futbol/kktcde-casa-gitme-plani-202863.html> (Erişim: 17.10.2022).

⁸⁸ KKTC Başbakanlık: "Başbakan Ersin Tatar Kempo Federasyonu Başkan ve Sporcularını Kabul Etti", 19.07.2019, <http://arsiv.basbakanlik.gov.ct.tr/BASIN-VE-HALKLA-%C4%B0L%C4%B0C5%9EK%C4%B0LER/BASIN-A%C3%87IKLAMALARI/ArtMID/3765/ArticleID/87022/BA%C5%9EBAKAN-ERS%C4%B0N-TATAR-KEMPO-FEDERASYONU-BA%C5%9EKAN-VE-SPORCULARINI-KABUL-ETT%C4%B0> (Erişim: 28.10.2022).

⁸⁹ International Olympic Committee: "National Olympic Committees", <https://olympics.com/ioc/national-olympic-committees?q=AlphabeticalOrderFilter> (Erişim: 24.10.2022).

⁹⁰ United Nations: "Member States", <https://www.un.org/en/about-us/member-states> (Erişim: 24.10.2022).

⁹¹ FİŞEK, Kurthan: Sporun Anatomisi, YGS Yayınları, İstanbul 2003, s.43.

⁹² STREPPPELHOFF, s.47.

⁹³ GAUTHIER, s.383.

⁹⁴ SHENDRUK, Amanda: "The world has 193 countries, so why are there 205 teams in the Olympics?", Quartz, 23.07.2021, <https://qz.com/2035871/how-many-countries-compete-in-the-olympics> (Erişim: 24.10.2022).

⁹⁵ GAUTHIER, s.383.

⁹⁶ GAUTHIER, s.383.

⁹⁷ GAUTHIER, s.383; Bu durumun tek istisnası, ilgili değişiklik gerçekleştirilmeden önce Uluslararası Olimpiyat Komitesi tarafından tanınmış olan topluluklardır. Bu topluluklar sırasıyla; (1993) Filistin, (1987) Amerikan Samoası, (1986) Guam, (1986) Aruba, (1986) Cook Adaları, (1982) İngiliz Virgin Adaları, (1976) Cayman Adaları, (1967) ABD Virgin Adaları, (1960) Çin Taipei, (1951) Hong Kong, (1948) Porto Riko ve (1936) Bermuda olarak ifade edilmektedir.

⁹⁸ International Olympic Committee: "IOC Refugee Olympic Team", <https://olympics.com/ioc/refugee-olympic-team> (Erişim: 24.10.2022). IOC Başkanı Thomas Bach, takımın niteliğini uluslararası toplum ile şu sözlerle paylaşmıştır: "Bu mültecilerin evi, takımı, bayrağı, milli marşı yok. Onlara dünyanın tüm sporcularıyla birlikte Olimpiyat Köyü'nde bir yuva sunacağız. Olimpiyat marşı onurlarına çalınacak ve Olimpiyat bayrağı onları Olimpiyat Stadı'na götürecektir. Bu, dünyamızdaki tüm mülteciler için bir umut sembolü olacak ve dünyanın bu krizin büyüklüğünü daha iyi anlamasını sağlayacaktır. Bu aynı zamanda uluslararası topluma,

olarak değerlendirilen ve statüsü uluslararası toplumda tartışmalı olan bölgelerin sporcularının, Komite tarafından düzenlenen müsabakalara katılabilmelerinin önündeki temel engel, kısmi bir şekilde de olsa ortadan kaldırılmıştır⁹⁹. En azından, 1996 senesinde gerçekleştirilen değişikliklerin sonucunda ortaya çıkan kuralın, günümüzde artık daha esnek bir yapıya büründüğü kabul edilebilir görünmektedir. Henüz herhangi bir KKTC vatandaşı, mülteci takımında yer almak üzere seçilmemiştir¹⁰⁰.

Uluslararası Olimpiyat Komitesi ile Birleşmiş Milletler arasındaki yaklaşım farklılığının bir benzeri, Uluslararası Olimpiyat Komitesi ile Uluslararası Federasyonlar arasında da vardır. Örneğin, bir Uluslararası Federasyon olan FIFA tarafından tanınan bazı devletler, Uluslararası Olimpiyat Komitesi tarafından tanınmamaktadır¹⁰¹. İşte bu gibi durumlar nedeniyle, uluslararası toplumda 2003 senesinde, Yeni Federasyon Kurulu (NF-Board: *Nouvelle Fédération-Board*) adıyla bir Birlik kurulmuştur¹⁰². İlgili Birlik ile beraber, uluslararası toplumda farklı nedenlerle tanınmamış olan ülkelerin sporcularının katılabileceği farklı bir uluslararası futbol sistemi ortaya çıkmıştır. Kıbrıs Türk Futbol Federasyonu da talep etmesi durumunda ilgili Birlik içerisinde yer alabilmektedir.

Özetle, KKTC Milli Olimpiyat Komitesi, Türkiye Cumhuriyeti dışında kalan diğer ülkelerin Milli Olimpiyat Komiteleri tarafından ve yine Uluslararası Federasyonlar tarafından tanınmadığı için, KKTC vatandaşı olan sporcular, yalnızca Yeni Federasyon Kurulu bünyesinde düzenlenen uluslararası müsabakalarda veya Türkiye Cumhuriyeti'ni temsilen bir Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olarak uluslararası müsabakalarda yer alabilmektedir.

VII. SONUÇ

Uluslararası hukuk ile spor faaliyetlerinin oluşturduğu düzen, birden fazla kaynağın birlikte ele alınmasını gerektirir. Bu kaynakların başında; Uluslararası Olimpiyat Komitesi tarafından kabul edilen Olimpik Şart, Uluslararası Spor Federasyonlarının Statüleri, Milli Olimpiyat Komiteleri tarafından kabul edilen tüzük ve diğer talimatlar ile Ulusal Spor Federasyonları tarafından kabul edilen düzenlemeler vardır. Modern Olimpiyat Oyunları'nın kurucusu olan Pierre de Coubertin'in "siyasi coğrafyalar" ile "sporun coğrafyasını" birbirinden ayıran yaklaşımı, spor hukukuna ilişkin düzenlemelerin temel değerlerini oluşturmuştur. Olimpik Şart'ın "Olimpizmin Temel Prensipleri" başlıklı bölümü içerisinde yer alan düzenlemeler, insan haklarına ve insan onuruna atıf yapmaktadır. Temel prensiplere göre Olimpizmin esas amacı, insan onurunun güvence altına alınmasıyla ilgilenen barışçıl bir toplumsal yapıyı teşvik etmek ve sporu insanlığın uyumlu gelişiminin hizmetine sunmaktır. Olimpizmin gereği olarak spor yapmak bu nedenle bir insan hakkı olarak kabul edilmektedir. Yine aynı bölümün altında düzenlendiği üzere her birey, hiçbir ayrımcılık ile karşılaşmaksızın; dostluk, adil oyun ruhu ve dayanışmayla birlikte, karşılıklı anlayışı gerçekleştiren "Olimpiyat Ruhunu" içerisinde spor yapma imkanına sahip olabilmelidir. "Olimpizmin Temel Prensipleri" başlıklı bölümü içerisinde yer alan temel düzenlemelere göre, Olimpik Şart içerisinde yer alan hak ve özgürlükler; ırk, cinsiyet, cinsel yönelim, din, politik veya diğer görüşler, dil, ulusal veya sosyal arka plan, mülkiyet, doğum benzeri bir ayırım gözetilmeksizin güvence altına alınmıştır. UNESCO tarafından paylaşılan Uluslararası Beden Eğitimi ve Spor Sözleşmesi'nin ilk maddesi uyarınca da; insanların, kişiliklerinin gelişimi için gerekli olan spor faaliyetlerine ve beden eğitimine ulaşma konusunda temel hakkı olduğu güvence altına alınmıştır. Tüm bu düzenlemeler ile birlikte, sporun insan ve birey odaklı düzenlemeler ile güvence altına alındığı tespit edilmektedir. Aynı doğrultuda olacak şekilde, Olimpik Şart'ın "Olimpik Hareket" başlıklı ilk bölümü içerisinde yer alan, "Olimpiyat Oyunları" başlıklı 6 no.lu maddesinin ilk cümlesi ile birlikte, olimpiyat oyunlarına devletlerin değil, sadece sporcuların bireysel veya takım olarak kabul edileceği düzenlenmiştir. Her ne kadar sporcular, devletlerden ayrı ele alınmış olsa da ilgili metnin devamında, ikinci cümle ile birlikte, önemli bir sınırlandırma düzenleme altına alınmıştır. Bu düzenlemeye göre, ilgili sporcuların veya takımların, Uluslararası Olimpiyat Komitesi tarafından tanınmış, kabul edilmiş Milli Olimpiyat Komiteleri tarafından seçileceği belirtilmiştir. İlgili sınırlama ile birlikte, sporcuların aslında devletlerinden ayrı ele alınamayacağı kabul edilmiş olmaktadır. Uluslararası Olimpiyat Komitesi kurallarının, 1996 senesinde değişikliğe uğramasının ardından bu durum daha da devlet temelli bir yaklaşımla ele alınmıştır. Değişiklik sonrasında, Milli Olimpiyat Komitesinin artık "uluslararası toplum tarafından tanınan bağımsız bir devleti" temsil etmesi beklenmiştir. Bu durum ise, uluslararası spor hukukunun temel prensipleri ile uyumlu görünmemektedir.

BM tarafından bağımsız bir devlet olarak tanınmayan Kosova'nın Milli Olimpiyat Komitesi,

mültecilerin insan kardeşlerimiz olduğunun ve toplum için bir zenginlik olduğunun bir işaretidir. Bu mülteci sporcular, karşılaştıkları akıl almaz trajedilere rağmen herkesin yetenekleri, becerileri ve insan ruhunun gücüyle topluma katkıda bulunabileceğini dünyaya gösterecek." İlgili açıklamanın İngilizce olan orijinal metnine ulaşmak için lütfen bakınız: International Olympic Committee: "Refugee Olympic Team to shine spotlight on worldwide refugee crisis", 03.06.2016, <https://olympics.com/ioc/news/refugee-olympic-team-to-shine-spotlight-on-worldwide-refugee-crisis> (Erişim: 25.10.2022).

⁹⁹ Ek olarak ifade edilmesi gerekir ki Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Filistin Devleti Hükümeti Arasında Gençlik ve Spor Alanında İşbirliği Anlaşması imzalanmıştır. İlgili milletlerarası anlaşmanın onay metni için bakınız: RG: 30.12.2021, 31705, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/12/20211230-2.pdf> (Erişim: 25.10.2022).

¹⁰⁰ Takıma kabul edilen sporcuların özgeçmişleri için bakınız: International Olympic Committee: "Refugee Olympic Team Athlete", https://stillmed.olympics.com/media/Document%20Library/OlympicOrg/News/2016/06/03/Refugee-Olympic-Team-List-all-00.pdf?_ga=2.160319421.1662477624.1666687758-1801297737.1666687758 (Erişim: 25.10.2022).

¹⁰¹ Bu devletlerin bir kısmı sırasıyla; Yeni Kaledonya, Galler, Kuzey İrlanda, Faroe Adaları şeklinde ifade edilebilir. Daha detaylı bilgi için bakınız: KÖSE, Alpay: "KKTC'nin Spor Alanında Yaşadığı İzolasyonun Spor Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", 11.08.2022, <https://www.sporhukuku.org.tr/2022/08/11/kktcnin-spor-alaninda-yasadigi-izolasyonun-spor-hukuku-acisindan-degerlendirilmesi/> (Erişim: 16.10.2022).

¹⁰² Resmi internet sitesi için bakınız: NF-Board: <https://nfbwebsite.wixsite.com/nfboard/home> (Erişim: 25.10.2022).

Uluslararası Olimpiyat Komitesi tarafından 2014 senesinde tanınmıştır. Bu durum ise, “uluslararası toplum tarafından tanınan bağımsız bir devlet” ölçütünün, doğrudan doğruya “BM tarafından tanınan bağımsız bir devlet” şeklinde ele alınamayacağını göstermektedir. Ancak yine de günümüzde, uluslararası toplumun büyük bir kesimi tarafından tanınmayan devletlerin, Uluslararası Olimpiyat Komitesi tarafından tanınmayacağı öngörülebilir bir durumdur. Bu durumun sonucu olarak, günümüzde sadece Türkiye Cumhuriyeti tarafından tanınmakta olan KKTC Milli Olimpiyat Komitesi’nin, yakın gelecekte Uluslararası Olimpiyat Komitesi tarafından tanınması ise beklenmemektedir. KKTC Milli Olimpiyat Komitesi’nin tanınmaması, Olimpizmin temel prensipleri ile uyumlu değildir. Coubertin’in “siyasi coğrafyalar” ile “sporun coğrafyasını” birbirinden ayıran yaklaşımı, günümüzde tam tersine olacak şekilde, “siyasi coğrafyalar” ile “sporun coğrafyasını” denkleştirme eğilimiyle yeniden kurgulanmış görünmektedir. KKTC Devlet Planlama Örgütü raporuna göre, 2019 senesinde toplam 28.957 KKTC sporcusu vardır. Buna karşılık çarpıcı bir örnek olarak, sporcusu sayıları bir yana, toplam nüfusu 2016 verilerine göre 17.589 kişi olan Cook Adaları dahi Uluslararası Olimpiyat Komitesi tarafından uluslararası spor müsabakalarına kabul edilmektedir. Cook Adaları’nın toplam nüfusu, KKTC vatandaşı olan sporcuların sayısından bile daha az olmasına rağmen, Uluslararası Olimpiyat Komitesi tarafından düzenlenen sportif faaliyetlerde “olimpik hareket” içerisinde yer almaktadır. “Siyasi coğrafyalar” ile “sporun coğrafyasını” denkleştirme eğilimi, uluslararası spor hukuku düzenlemelerinin gözardı edilmesiyle birlikte, uygulamada ölçsüz durumların ortaya çıkmasına sebep olmuştur.

KKTC Milli Olimpiyat Komitesi, Türkiye Cumhuriyeti dışında kalan diğer ülkelerin Milli Olimpiyat Komiteleri tarafından ve yine Uluslararası Federasyonlar tarafından tanınmamaktadır. KKTC vatandaşı olan sporcular, uluslararası spor müsabakalarına katılamadığı için yalnızca tanınmayan ülkelerin içerisinde yer alabildiği Yeni Federasyon Kurulu bünyesinde düzenlenen uluslararası müsabakalara veya Türkiye Cumhuriyeti’ni temsilen, bir Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olarak, uluslararası müsabakalara katılabilmektedir. Olimpizmin gereği olarak spor yapmak, bir insan hakkı olarak kabul edilmekteyse de, KKTC Milli Olimpiyat Komitesi sporcularının uluslararası müsabakalara kabul edilmemesi, Uluslararası Olimpiyat Komitesi tarafından bir insan hakkı ihlali olarak değerlendirilmemektedir. KKTC vatandaşı olan sporcuların, uluslararası spor müsabakalarına kabul edilmemesinin temel nedeni, KKTC’nin Türkiye Cumhuriyeti dışında diğer devletler tarafından tanınmaması olarak ifade edilmelidir.

Sonuç olarak, sporcuların sadece vatandaşı oldukları devlet ile bağlarından yola çıkılarak, uluslararası spor müsabakalarına kabul edilmeleri veya edilmemeleri, uluslararası spor hukukunun temel ilkeleri ile ve temel insan hakları ile bağdaşmayan bir yaklaşım olarak değerlendirilmelidir.

KAYNAKÇA

- ADOLPHSEN, Jens/MARTIN, Nolte/MICHAEL, Lehner/MICHAEL, Gerlinger: Sportrecht in der Praxis, Kohlhammer, Stuttgart 2012.
- ANNAN, Kofi: “UN launches International Year of Sport and Physical Education”, 5.09.2004, <https://news.un.org/en/story/2004/11/120242> (Erişim: 19.10.2022).
- ATASOY, Berkant/KUTER, Füsün Öztürk: “Küreselleşme ve Spor”, Eğitim Fakültesi Dergisi, 18(1), 2005, s.11-22.
- BAŞTÜRK, Faruk: Uluslararası Spor Federasyonlarında İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü: FIFA ve FIBA Örneği, Turhan Kitabevi, Ankara 2017.
- BAYDAR, M. Naci: Avrupa Birliği – Türkiye & Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, 2. Baskı, Pasifik Ofset Ltd. Şti., İstanbul 2013.
- CANDAN, Tolga: “Briç Kart Oyunu Bir Spor Dalı Mıdır? Avrupa Birliği Hukuku Açısından Bir Değerlendirme”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 25(1), 2017, s.99-133, doi: 10.34246/ahbvuhfd.870952 (Erişim: 18.09.2022).
- CANDAN, Tolga: “Avrupa Birliği’nin Spor Alanında Düzenleme Yapma Yetkisinin Kapsamı ve Sınırları”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9(2), 2018, s.237-258.
- Centrum für Europäische Politik: “Die Europäische Dimension des Sports”, 2010, https://www.cep.eu/Studien/Sport/cepStudie_Die_Europaeische_Dimension_des_Sports.pdf (Erişim: 08.10.2022).
- ÇEYİZ, Senem/ÖZBEK, Oğuz: “Küreselleşme ve Spor Etkileşimi”, International Journal of Science Culture and Sport, Special Issue 1, 2014, s.487-495.
- DOĞU, Gazanfer/SEVİMLİ, Dilek/DURUSOY, Engin Altan (çev. edit.): Çağdaş Spor Yönetimi, Akademisyen Kitabevi, İstanbul 2013.
- DIETZEN, Stephan/STÖCKER, Merle/HELLMUND, Folker: Europäische Sportpolitik: Grundlagen, Entwicklungen, Perspektiven, The European Olympic Committees/EU Office, Brussels 2011.
- EDLING, Jörn: Schach und Recht, Books on Demand Verlag, Norderstedt 2009.
- EICHEL, Benjamin: Der Sport im Recht der Europäischen Union, Nomos Verlag, Baden-Baden 2013.
- EKMEKÇİ, Yeter Aytül Dağlı/EKMEKÇİ, Rıdvan/İRMİŞ, Ayşe: “Küreselleşme ve Spor Endüstrisi”, Pamukkale Journal of Sport Sciences, 4(1), 2012, s.91-117.
- EKŞİ, Nuray: Spor Tahkim Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- EPINEY, Astrid/HALTERN, Ulrich/HOFSTÖTTER, Bernhard/ILERİ, Atilay: Zypern in der Europäischen Union: Ausgewählte völker- und europarechtliche Aspekte, Nomos Verlag, Baden-Baden 2008.
- ERDAL, Selcen: “Uluslararası Hukukta Tanıma Kurumu ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Örneği”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 13(1), 2005, s.157-96.
- ERKİNER, Kısım: “Bir Hukuk Disiplini Olarak Spor Hukuku Kavramları ve Özellikleri”, Spor Hukuku Enstitüsü, 27.06.2018, <https://www.sporhukuku.org.tr/2018/06/27/bir-hukuk-disiplini-olarak-spor-hukuku-kavramlari-ve-ozellikleri/> (Erişim: 8.10.2022).

- ERKİNER, Kısmet: “Uluslararası Olimpiyat Komitesi ve Spor Hukuku”, Spor Hukuku Enstitüsü, 27.06.2018, <https://www.sporhukuku.org.tr/2018/06/27/uluslararasi-olimpiyat-komitesi-ve-spor-hukuku/> (Erişim: 08.10.2022).
- ERTAŞ, Şeref/PETEK, Hasan: Spor Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- ERTEN, Rifat: Milletlerarası Özel Hukukta Spor, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.
- FECHNER, Frank/ARNHOLD, Johannes/BRODFÜHRER, Michael: Sportrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2014.
- Fenerbahçe Spor Kulübü Resmi İnternet Sitesi, “Yüksek Divan Kurulu Toplantımız Yapıldı”, 05.11.2023, <https://www.fenerbahce.org/haberler/yukse-divan-kurulu/2023/11/yukse-divan-kurulu-toplantimiz-basladi> (Erişim: 08.11.2023).
- FIRAT, Melek M.: 1960-71 Arası Türk Dış Politikası ve Kıbrıs Sorunu, Siyasal Kitabevi, Ankara 1997.
- FİŞEK, Kurthan: Sporun Anatomisi, YGS Yayınları, İstanbul 2003.
- FRITZWEILER, Jochen/PFISTER, Bernhard/SUMMERER, Thomas: Praxishandbuch Sportrecht, C.H. Beck, München 2014.
- Galatasaray Spor Kulübü Resmi İnternet Sitesi, “Divan Kurulu Kasım Ayı Olağan Toplantısı”, 04.11.2023, <https://www.galatasaray.org/haber/kulup/divan-kurulu-kasim-ayi-olagan-toplantisi/54282> (Erişim: 08.11.2023).
- GARDINER, Simon/O’LEARY, John/WELCH, Roger/BOYES, Simon/NAIDOO, Urvasi: Sport Law, 4. Edition, Routledge, London/New York 2012.
- GAUTHIER, Ryan: “Statehood and the Olympic Games”, Symposium on the Olympics and International Law, 114, 2020, s.380-384, doi: 10.1017/aju.2020.74.
- GENÇ, Durmuş Ali: Spor Hukuku Ders Kitabı, Alfa Yayıncılık, İstanbul 1998.
- GROß, Verena: Gesetzlich bestimmte Strafbarkeit des Eigendopings, Mohr Siebeck, Tübingen, 2020.
- GÜLŞEN, Recep: Spor Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- GÜRTEK, Kadir/ERENEL, Ege: “Lex Sportiva: Spor Hukukunun Küreselliği”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(1), 2012, s.295-315.
- GÜVEN, Erdal: Helsinki’den Kopenhag’a Kıbrıs, OM Yayınevi, İstanbul 2003.
- HASGÜLER, Mehmet: Kıbrıslılık, Agora Kitaplığı, İstanbul 2008.
- HILPERT, Horst: Die Geschichte des Sports, Jan Sramek Verlag KG, Wien 2011.
- Hukuk Ansiklopedisi: “Birleşmiş Milletler Binyıl Bildirgesi”, Aralık 2021, <https://hukukbook.com/birlesmis-milletler-binyil-bildirgesi/#:~:text=Birle%C5%9Fmi%C5%9F%20Milletler%20Biny%C4%B1%20Bildirgesi%2C%206,%C3%B6ncelikli%20k%C3%BCresel%20taahh%C3%BCt%20belgelerinden%20biri> (Erişim: 08.10.2022).
- International Olympic Committee: “History of the IOC”, <https://olympics.com/ioc/history> (Erişim: 18.09.2022).
- International Olympic Committee: “IOC Refugee Olympic Team,” <https://olympics.com/ioc/refugee-olympic-team> (Erişim: 24.10.2022).
- International Olympic Committee: “Lausanne, Olympic Capital”, <https://olympics.com/ioc/history/lausanne> (Erişim: 18.10.2022).
- International Olympic Committee: “National Olympic Committees”, <https://olympics.com/ioc/national-olympic-committees?q=AlphabeticalOrderFilter> (Erişim: 24.10.2022).
- International Olympic Committee: “Refugee Olympic Team Athlete”, https://stillmed.olympics.com/media/Document%20Library/OlympicOrg/News/2016/06/03/Refugee-Olympic-Team-List-all-00.pdf?_ga=2.160319421.1662477624.1666687758-1801297737.1666687758 (Erişim: 25.10.2022).
- International Olympic Committee: “Refugee Olympic Team to shine spotlight on worldwide refugee crisis”, 03.06.2016, <https://olympics.com/ioc/news/refugee-olympic-team-to-shine-spotlight-on-worldwide-refugee-crisis> (Erişim: 25.10.2022).
- International Olympic Committee: “Olympic Charter (in force as from 8 August 2021)”, https://stillmed.olympics.com/media/Document%20Library/OlympicOrg/General/EN-Olympic-Charter.pdf?_ga=2.23573436.723246665.1666121594-1655632423.1666121586 (Erişim: 18.10.2022).
- İNALCIK, Halil: Tarihe Düşülen Notlar Cilt I, Timaş Yayınları, İstanbul 2015.
- İNALCIK, Halil: Tarihe Düşülen Notlar Cilt II, Timaş Yayınları, İstanbul 2015.
- KARAOĞLU, Ercan: Spor Hukukunun Temel Kavramları ve Sportif Alanda Doğabilecek Hukuki İhtilaflar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- KKTC Başbakanlık: “Başbakan Ersin Tatar Kempo Federasyonu Başkan ve Sporcularını Kabul Etti”, 19.07.2019, <http://arsiv.basbakanlik.gov.ct.tr/BASIN-VE-HALKLA-%C4%B0L%C4%B0C5%9EK%C4%B0LER/BASIN-A%C3%87IKLAMALARI/ArtMID/3765/ArticleID/87022/BA%C5%9EBAKAN-ERS%C4%B0N-TATAR-KEMPO-FEDERASYONU-BA%C5%9EKAN-VE-SPORCULARINI-KABUL-ETT%C4%B0> (Erişim: 28.10.2022).
- KOCASAKAL, Hatice Özdemir: Sportif Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü ve Spor Tahkim Mahkemesi (CAS), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- KÖSE, Hüseyin Alpay: “KKTC’nin Spor Alanında Yaşadığı İzolasyonun Spor Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, 11.08.2022, <https://www.sporhukuku.org.tr/2022/08/11/kktcnin-spor-alaninda-yasadigi-izolasyonun-spor-hukuku-acisindan-degerlendirilmesi/> (Erişim: 16.10.2022).
- KÖSE, Hüseyin Alpay: Avrupa Birliği Hukuk Sisteminin Spor Hukukuna Etkileri, Legal Kitabevi, İstanbul 2011.
- Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı: “Cumhurbaşkanı Ersin Tatar, KKTC Milli Olimpiyat Komitesi yönetimini kabul etti: Kıbrıs Türk gençliği için mücadele vermeye devam ediyoruz.”, 29.08.2022, <https://kktcb.org/tr/cumhurbaskani-ersin-tatar-kktc-milli-olimpiyat-komitesi-yonetimini-kabul-etti-10155> (Erişim: 19.10.2022).
- Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Devlet Planlama Örgütü: “2019 Yılı Makroekonomik ve Sektörel Gelişmeler”, Ekim 2021, 185, <https://www.devplan.org/ekonomi/makro-gel/makro-eko-2019.pdf> (Erişim: 16.10.2022).
- MENTZEL, Thobias: Solidarität im professionellen Fussballsport versus europäisches Wettbewerbsrecht, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2007.
- NAFZIGER, James A. R.: International Sports Law, 2. Edition, Transnational Publishers, New York 2004.
- NECATİGİL, Zaim M.: Kıbrıs Uyuşmazlığı ve AİHM Kışkırtıcılığı Türkiye, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.
- NF-Board: <https://nfboard.wixsite.com/nfboard/home> (Erişim: 25.10.2022).
- OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 18.04.2001 – 13 U 66/01.
- ÖZERSAY, Kudret: Kıbrıs Sorunu – Hukuksal Bir İnceleme, Ankara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara 2009.
- RG: 30.12.2021, 31705, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/12/20211230-2.pdf> (Erişim: 25.10.2022).
- SERTER, Vehbi Zeki: Adım Adım... Kıbrıs Cumhuriyeti (1960-1963), Genelkurmay Personel Başkanlığı Askeri Tarih ve Stratejik Etüt (ATASE) Daire Başkanlığı Yayınları, Ankara 2014.

- SHENDRUK, Amanda: “The world has 193 countries, so why are there 205 teams in the Olympics?”, Quartz, 23.07.2021, <https://qz.com/2035871/how-many-countries-compete-in-the-olympics> (Erişim: 24.10.2022).
- SONYEL, Salahi R.: The Struggles of the Turkish People of Cyprus, Cyprus Turkish Association Publications, London 1995.
- STAVRINIDES, Zenon: The Cyprus Conflict: National Identity and Statehood, CYREP Yayınları, Ankara 1975.
- STREPPELHOFF, Robin: “Avery Brundage und der Mythos vom (unpolitischen Sport) – Eine Ideengeschichtliche Spurensuche,” Stadion, 40(1), 2014, s.39-56.
- T.C. Dışişleri Bakanlığı: “Cook Adaları Ülke Künyesi”, <https://www.mfa.gov.tr/cook-kunyesi.tr.mfa> (Erişim: 21.10.2022).
- TOLUNER, Sevin: Kıbrıs Uyuşmazlığı ve Milletlerarası Hukuk, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1977.
- TRTSPOR: “KKTC’de CAS’a gitme planı”, 10.02.2020, <https://www.trtspor.com.tr/haber/futbol/dunyadan-futbol/kktcede-casa-gitme-plani-202863.html> (Erişim: 17.10.2022).
- Türkiye Büyük Millet Meclisi: Karar Tarihi: 05.10.2022, Karar No. 1339: “Katar Devleti Hükümeti Tarafından Talep Edilen Desteği Sağlamak ve Dünya Kupası Kalkını Harekâtına İştirak Etmek Üzere Hudut, Şümul, Miktar ve Zamani Cumhurbaşkanınca Takdir ve Tayin Olunacak Şekilde Türk Silahlı Kuvvetlerinin Katar Devleti Sınırları İçerisinde ve Katar Devleti Karasuları ile Mücavir Bölgelerinde Görevlendirilmesi ve Bu Kuvvetlerin Cumhurbaşkanının Belirleyeceği Esaslara göre Kullanılması ile Risk ve Tehditlerin Giderilmesi için Her Türlü Tedbirin Alınması ve Bunlara İmkân Sağlayacak Düzenlemelerin Cumhurbaşkanınca Tarafından Belirlenecek Esaslara Göre Yapılması için Anayasa’nın 92’nci Maddesi Uyarınca Altı Ay Süreyle İzin Verilmesine Dair Karar”, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/10/20221008-26.pdf> (Erişim: 08.10.2022).
- Türkiye Büyük Millet Meclisi: Karar Tarihi: 20.07.1974, Karar No. 303: “Türk Silahlı Kuvvetlerinin Yabancı Ülkelere Gönderilmesine İzin Verilmesi Hakkında Karar”, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/14952.pdf> (Erişim: 16.10.2022).
- Türkiye Cumhuriyeti Bakanlar Kurulu: 10.10.2012, Karar Sayısı 2012/3764: “Türkiye Cumhuriyeti ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Arasında Akdeniz’de Kıta Sahaneli Sınırlandırılması Hakkında Anlaşma’nın Onaylanması Hakkında Karar”, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/10/20121010-3-1.pdf> (Erişim: 16.10.2022).
- Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı: “Kıbrıs Meselesinin Tarihçesi, BM Müzakerelerinin Başlangıcı”, https://www.mfa.gov.tr/kibris-meselesinin-tarihcesi_-bm-muzakerelerinin-baslangici.tr.mfa (Erişim: 16.10.2022).
- Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı, “Cook Adaları’nın Siyasi Görünümü”, <https://www.mfa.gov.tr/cook-siyasi-gorunumu.tr.mfa> (Erişim: 26.10.2023).
- Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı: “T.C. Dışişleri Bakanlığı’nın GKRY’nin AB üyeliği ile ilgili Açıklaması”, 1.05.2004, https://www.mfa.gov.tr/tc-disisleri-bakanligi_nin-gkry_nin-ab-uyeligi-ile-ilgili-aciklamasi-_1-mayis-2004_.tr.mfa (Erişim: 29.10.2022).
- Türkiye E-Spor Federasyonu (TESFED): <http://tesfed.gov.tr/> (Erişim: 18.09.2022).
- Türkiye Futbol Federasyonu Resmi İnternet Sitesi, “2023 Turkcell Süper Kupa Tarihinde Değişiklik”, 03.11.2023, <https://www.tff.org/default.aspx?pageID=687&fxID=42604> (Erişim: 08.11.2023).
- Türkiye Milli Olimpiyat Komitesi: “KKTC Milli Olimpiyat Komitesi TMOK’u Ziyaret Etti”, 24.05.2017, <https://olimpiyat.org.tr/Haber-Detay/KKTC-Milli-Olimpiyat-Komitesi-TMOK%E2%80%99u-Ziyaret-Etti/1542> (Erişim: 19.10.2022).
- United Nations Security Council: Resolution 541 (1983), 18.11.1983, <https://digitallibrary.un.org/record/58970#record-files-collapse-header> (Erişim: 16.10.2022).
- United Nations: “Member States”, <https://www.un.org/en/about-us/member-states> (Erişim: 24.10.2022).
- United Nations: General Assembly, Resolution 58/5, 17.11.2003, https://www.sportanddev.org/sites/default/files/downloads/35_un_general_assembly_resolution_58_5_sport_as_a_means_to_promote_health_educatio.pdf (Erişim: 19.10.2022).
- ÜNVER, Yener: Spor ve Ceza Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazarlar Tolga CANDAN & Ozan Emin HALHALLI, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Tolga CANDAN & Ozan Emin HALHALLI, who are the authors have not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazarlar tarafından hazırlanmıştır. | This article was prepared by the authors.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazarlar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the authors.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazarlar, makalenin tüm süreçlerinde İÜHF'D'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İÜHF'D'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İÜHF'D'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir.

| The authors declare that they comply with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that they do not make any falsification of the data collected. In addition, they declare that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

Prof. Dr. Durmuş TEZCAN

<https://doi.org/10.21492/inuhfd.1412586> 

Silifke'nin bugün mahallesi haline gelen Taşucu Bucağı'nda 15 Mayıs 1947'de doğmuşum. Askerlik dönüşü, amcamın teşvikiyle, rahmetli babam, ticareti denemiş. Başarılı olamayınca, 1952 yılında askerden önce çalıştığı PTT İdaresine tekrar dönmüş. PTT hat bakıcısı olarak nüfusu iki bine yakın Hatay'ın Hassa İlçesi'nde uzun yıllar çalıştıktan sonra, meslekte 25 yılını doldurarak 1975'te erken emekli olup, iki küçük kardeşimin lise eğitimi için memleketimiz Silifke'ye yerleşmişti. Ben, Hassa'da başladığım ilkokulu Silifke'de dedemlerin yanında bitirdim. Sonra da Hassa'ya döndüm. Sadece bir müdür ve iki öğretmenin bulunduğu, kaymakam, veteriner hekim gibi ilçede görevli idealist insanların da derse geldiği Hassa Ortaokulu'ndan sonra, liseye Silifke'de başlayıp, Antakya Lisesi'nden yatılı öğrenci olarak 1965 yılında mezun oldum. Antakya Lisesi'nde, Fransızca hocalarımızın güçlü olması ve öğrenmek isteyenlere destek olmaları nedeniyle, Fransızcamı geliştirdiğimden, aileme yük olmamak için Ankara Gazi Eğitim Enstitüsü Fransızca Bölümü'ne yatılı öğrenci olmak için başvurduğum. Sınavdan hemen sonra Türkiye'de ikinci kez yapılan merkezi sistemde son tercihim olan İstanbul Hukuku kazanmıştım.



İstanbul'da Şehremini Ortaokulu müdürü olan rahmetli amcam, babama, şayet İstanbul'da okursam, üniversitede yurt çıkıncaya kadar kendilerinde kalabileceğimi söylemiş. Bende bu yüzden sadece İstanbul'dan tercih yapmış ve en sona da İstanbul Hukuk Fakültesini koymuştum. Amcamların benden on yaş büyük olan tek çocukları Erol Ağabeyim de İstanbul Hukuk mezunuydu. Kendisi mezun olunca kaymakamlığı tercih edip, vali olarak emekli olan benim yüksek öğrenimimde rehberim ve büyük ağabeyim olmuş bir insandır. Erol Ağabeyim, ben fakülteye kaydolduğumda, İstanbul'da askerliğinin temel eğitimine başlamış genç bir kaymakamdı. Bana hukuk fakültesine girişin kolay, fakat dört yılda mezuniyetin zor olduğunu belirterek, başarılı olmak için nelere dikkat etmem gerektiğini teker teker anlatmıştı. 1965 Ekim ayında kaydolduğum hukuk fakültesinde, derslerin başlayacağı 1 Kasım'ı beklemeden, Erol Ağabeyimin evdeki kitap ve ders notlarından derslere çalışmaya başlamıştım.

Yılda iki bin öğrenci alan İstanbul Hukuk Fakültesi'nde tek-çift gruplar olarak sabah ve öğleden sonra iki sınıf halinde eğitim yapılıyordu. Ben "tekler" grubundan olmama karşın, aynı dersi farklı hocalar anlatıyorsa, her iki grupta da bu dersleri izliyordum. Yıl sonunda ise, temel derslerde önce yazılı sınav vardı. Sonuç başarılı olursa, sözlü sınava girilirdi. İlk yazılı sınavımız Roma Hukuku'ndan olmuştu. Yazılı sınavda isimsiz sözleşmelerden gelen bir olay vardı. Ben soruları çözdüm. Artan zamanda da yazdıklarımı tekrar okudum. Birden, Ziya Umur Hocamızın bazı isimsiz akitlerin zaman içinde isim aldığını söylediğini hatırlayıp acaba bu sözleşmenin bir ismi var mı diye düşünmeye başladım. "Veriyorum yapman için" (do out facias) türünden bu isimsiz sözleşmeye, son anda tüm yazdıklarımı inkâr edercesine, ismi olmadığını, fakat trampaya benzeyebileceği şeklinde bir ekleme yapmıştım. Oysa ismi olan trampa sözleşmesi "veriyorum vermen için" (do out des) türünden bir sözleşmeydi. Bu yanlış eklemenin üzüntüsüyle geldiğim

Amcamların lojmanında, okulun nöbetçi hademesi Halit Efendi'ye bir hatayla neden Roma Hukuku yazılı sınavında başarısız bir kâğıt verdiğimi anlatmış, bir mal karşılığında duvar ördürülen usta olayını, bir at verip, karşılığında daha güçlü bir eşek almaya trampa denildiği halde, yukarıdaki olayın trampaya benzediği şeklinde sınav kağıdına yanlış bir ekleme yaparak tüm bildiğimi inkâr ettiğimi söylemişim. Biraz sakinleşmek için de Çapa'dan otobüsle Eminönü'ne gittiğim sırada, okula gelip beni soran Amcama, Halit Efendi, Durmuş sınavda "çüş" demiş kalmış, üzüntüsünden dolaşmaya çıktı diye söylemiş. Karı koca öğretmen olan Amcamlar eve döndüğümde, Halit Efendinin benim sözümü yanlış anladığını görüp, bu duruma sevinirlerken, sınavdan kalırsam bütünlemede bunu telafi edebileceğim şeklinde beni teselli etmişlerdi. Fakat sonuçta yazılı sınavda da başarılı olmuş, sözlüye girme hakkı kazanmıştım. Sözlüde ise, Ziya Hoca sorularıyla çok sıkıştırdı ama, tüm soruları bildiğimden, yazılıda yaptığım bu hatalı ek nedeniyle pekiyi yerine iyi vererek beni geçirdi.



Haziran sonunda tüm sınavlarda başarılı olunca, amcam bütünlemeye kalmadan haziranda sınıfı geçmeme şaşırılmış ve Erol Ağabeyimi on yıl önce okutan hocaların aynı hocalar olmasına karşın, bunu nasıl başardığımı sorunca, ben de Erol Ağabeyimin tavsiyelerini dinleyip, ona göre derslere günü gününe çalıştığımından haziran sınavlarında başarılı olduğumu belirtmiştim.

O yılın temmuz ayı başında yanıma Erol Ağabeyimin dokuz yıl önce ikinci sınıfta ceza, idare ve borçlar hukuku derslerinde tuttuğu ders notları ile bazı kitap ve kanunlarını alarak, Hassa'ya ailemin yanına gitmeden önce, Silifke'ye ilk torun olarak beni çok seven dedemlere gitmiştim. Toroslarda dedemlerin oturduğu yayladaki bir olay ise benim hukuka bakışımı değiştirmişti. Şöyle ki, valizimi eve bırakıp geldiğim köy meydanında dedemi ziyaret ettiğim sırada, bir kahvede oturan iki kişiden biri, önce garsonla ağız dalaşına tutuşmuş, sonra da garson bir sandalyeyi o kişinin kafasına geçirerek kanlar içinde yere yuvarlanmasına neden olmuştu. Ben de, diğer insanlar gibi yaralının yardımına koşmuşum. Yarası temizlenip sarılan bu genç adam, çocuk gibi ağlıyordu. Birkaç ay kadar önce askerden terhis olup köyüne dönmüş ve köy yerindeki bir inşaatta mesleği olan duvar ustalığı yaparken duvar iskelesinden düşmüş ve bir süre sonra epilepsi olmuş, kendi deyimiyle onu “orak” tutmuş, yani sara nöbetleriyle gözü kararıp yere düşmeye başlamış. Hiçbir sosyal güvencesi olmadığından, inşaatta kaçak olduğundan, tedavi görememiş. Bu olay üzerine inşaatlarda kimse ona iş vermez olmuş. Bu yüzden muhtarlık, geçinmesi için köy meydanında kiraya verilememiş bir ağacın altında sebze satmasına izin vermiş. Birkaç hayırsever de yardım etmiş, küçük çapta manavlığa başlamış. Bazı kendini bilmez insanlar ise, bu hasta gence yardım etmek yerine onunla alay edip, “Yahu Ahmet, karın seni neden terk etti, sen iktidarsız mısın?” şeklinde alay edince, o da sinirlenip küfür bile ediyormuş. Yukarıdaki olay da bu tür bir hakaret nedeniyle meydana gelmiş. Ağlayarak bunları anlatınca, henüz ikinci sınıfa yeni geçmiş olsam da hemen eve gidip valizimdeki ceza kanununu alıp geri döndüm. Bakkaldan iki dosya kâğıdı alarak, birini Köy Jandarma Karakol Komutanlığı'na, diğerini de o zamanki ismiyle Silifke C. Savcılığı'na hitaben, olayı anlatıp, başına sandalye ile vuran ve onu bu işe azmettiren kişi hakkında şikayetçi olduğuna dair o tarihte yürürlükte olan 765 sayılı TCK m.455'e göre işlem yapılması amacıyla iki dilekçe yazıp gariban mağdur Ahmet'e imzalattım. Bu dilekçelerden ilkinin Köy Jandarma Karakol Komutanlığı'na götürüp vermesini, eğer karakolda bir işlem yapmazlarsa, diğerini götürüp Silifke C. Savcılığı'na vermesini söyledim. Karakoldan “seninle mi uğraşacağız” diye kovmuşlar, o da Silifke'ye gidip, nöbetçi C. savcısına dilekçeyi vermiş. Genç savcı, ilçe Jandarma Bölük Komutanlığı'na dilekçeyi havale etmiş ve telefonla, derhal bu iki kişinin yakalanıp C. savcılığına getirilmesini istemiş. Ardından, sandalye darbesine dayalı bayılma nedeniyle mağdurun hayati tehlike geçirdiğinden bahisle o yıllarda sorgu hâkiminden bu iki kişinin tutuklanmasını talep ederek tutuklatmış. Bu durumun benim dilekçemden kaynaklandığını öğrenen şüphelilerin ailesi, biraz da zenginliklerine güvenerek, kunduracı olan dedemin dükkanına gelip, “senin zengin düşmanı bir torunun varmış, bizim oğlanı ve kayın biraderini tutuklatmış, eğer avukat itirazdan sonuç alamazsa, torununu yakalayıp baş aşağı sallandıracağız” diye tehdit etmişler. Dedem beni buldurup, ilk vasıtayla Hatay'a doğru yola çıkmamı istedi. Ben de dedeme, “o garibana hukuki yardımda bulunmak suç mu” dedim. Ama hukukun tıp eğitimi kadar önemli olduğunu bu olay nedeniyle çok iyi anlamıştım. Gerçekten *“hukuk para gibi iyi bir hizmetçi, ama kötü bir efendiydi”*. Eğer hukuk, iyi amaçlar için kullanılmaz ise, zalimin elinde zulüm aracı olurdu. İşte bu olay, o günden sonra, benim hukuka dört elle sarılma ve iyi bir hukukçu olma azmimi güçlendirdi.



Birinci sınıfın ikinci yarısında Kredi ve Yurtlar Kurumu'ndan bağlanan krediyle geçinmek zor olacağından, Hassa'da yaz aylarında Orman Bölge Şefliği'nde orman işçisi olarak, benim gibi yüksek tahsile devam eden, babası adliyede hademelik yapan Özgün isimli rahmetli bir arkadaşla birlikte çalışmaya başlamıştım. Hafta sonu da çalışıp, iznimi hafta içinde kullanıyor, şehre indiğim o gün, iki hâkim ve bir C. savcısından oluşan adliyede hem kitaplarda anlayamadığım konuları soruyorum hem de o günkü duruşmaları izliyordum. İki arzuhalci dışında hiçbir avukatın bulunmadığı bu küçük sınırsız kasabasında, bazen bildiğim bir konuya, duruşmadan sonra, hakları zayı olmasın diye el yazısıyla herhangi bir ücret almadan fakir köylülere dilekçe bile yazıyordum.

1966 yılı Ekim Ayı'nda İstanbul'da daha önce yanan Kadırga Yurdu'nun yerine yapılan yeni binası açılmıştı. Yurt işlemlerimi de yaptırmak için 10 Ekim'den sonra İstanbul'a gittim. Kaydımı yaptırıp yurda yerleştikten sonra, ikinci sınıfın ekim ortalarında başlayan sözlü sınavlarını izleyip, yazınki yaptığım çalışmanın faydalı olup olmadığını anlamaya çalıştım. Bu uygulamayı üç ve dördüncü sınıflara geçtiğim yıllarda da sürdürdüm. Bütünleme döneminin sözlü sınavlarını izleyip sorulara yanıt verip veremediğimi tespit etmek, özgüvenimi arttırıyordu.

Erol Ağabeyim, eğer ileride politikaya atılmayı düşünmüyorsam, öğrenci temsilciliği seçimleri gibi faaliyetlerden de uzak durmamı söylemişti. Zaman zaman diğer grubun farklı hoca tarafından anlatılan derslerini de izlediğimden, tek ve çift numaralı gruplarda pek çok kişiyi tanımama rağmen, bu tür konulardan uzak durmaya çalıştım.

Dört yıl boyunca birinci sınıftan itibaren bizim tekler grubunda derslere ilgi gösteren ve birbirlerine yer ayıran çalışkan arkadaşlardan oluşan bir grubumuz oldu. Hepsini mezuniyet sonrası seçtikleri meslekte çok başarılı oldular. Bazıları avukat, bazıları sivil veya askeri hâkim-savcı, bazıları da bizim gibi akademisyen oldu. Hatta arkadaşımız Hâkim Amiral Dr. Ferhat Ferhanoglu Askeri Yargıtay başkanı oldu. Bu kapsamda, sınıf arkadaşım Medeni Hukuk hocası Prof. Dr. İlhan Ulsan ile birlikte 2019 Eylül Ayı başında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı'ndan bir randevu alarak 4 Kasım 2019 Cumartesi günü İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde mezuniyetimizin ellinci yılını kutlamak istedik. Gerekli izinler alındıktan sonra, telefon veya mail adresini bildiğim arkadaşları aramaya başladım. Kendisiyle konuştuğum arkadaşım emekli hâkim Ömer Yasa ise, bu toplantıyı daha kapsamlı organize etme görevini üstlendi. Böylece mezuniyetimizden elli yıl sonra, Türkiye'nin dört bir yanından ve hatta yurt dışından İstanbul'a gelen birçok arkadaşımızla bir araya geldik. Çok güzel bir tören oldu. Hatta bu dayanışma WhatsApp üzerinden 2019'dan beri devam ediyor. Zaman zaman İstanbul'daki arkadaşlarla toplanıp birlikte yemek bile yiyoruz.

Fakülte'deki öğrencilik yıllarımda, Kadırga Yurdu'ndaki dayanışmayı arttırmak için bazen Tepebaşı'na Osmanlı döneminde yapılan ve maalesef 1970'li yıllarda yanan, Tepebaşı Tiyatrosu'na gider, güzel bir oyun veya operet varsa, öğrenci bileti iki lira gibi çok ucuz olan ikinci balkondan, yirmi tane bilet satın alır, arkadaşlara aynı fiyattan satardım. Arkadaşlara bunu siyaset dışı kültürel bir dostluk kurmak için yaptığımı söylerdim. Eğer biletin hepsini yurttan satamazsam, kalanları da Fakülte'deki diğer arkadaşlara satardım. Tiyatroya giden arkadaşlara sorar, oyun değiştiğinde yeni bilet alıp onlara getirirdim. Böylece 1968 öncesinde başlayan ve tiyatroya izleme alışkanlığı, sık sık boykotların başladığı dönemde de siyasi bir yönü olmadığı için devam etti ve arkadaşlıklarımızı pekiştirdi. Hatta Kadırga Yurdu'nda kalan bazı arkadaşlarla Topkapı ve Dolmabahçe müzelerini de birlikte gezdik.

Fakültenin ikinci sınıfının ilk günlerinde, İstanbul Hukuk Fakültesi'nden on yıl kadar önce 67 yaşında emekli olan sınıf arkadaşım Prof. Dr. Füsün Sokullu'nun rahmetli anne ve babası, birbirine nöbetleşe yer tutan sıra arkadaşlarımızı akşam yemeğine çağırması. Sözelimi liseden beri sınıf arkadaşım olan Dr. Ferhat Ferhanoglu ve ben, ilk kez Füsünlarda "Çerkez Tavuğu" gibi yemekleri tatmıştık.

Üçüncü sınıfa başladığımız yıl, özellikle idare hukuku gibi derslerde öğrencilerin çok az başarılı olması türünden İstanbul Hukuka özgü nedenler yanında, Avrupa'da üniversite öğrencileri arasında başlayan protesto olaylarının etkisiyle, derslerimiz sık sık protestolar nedeniyle kesilmeye başlamıştı. Bu protestoları düzenleyenler, Kadırga Yurdu'nda kalan kimi arkadaşları sayesinde bizim yurdu kendilerine mesken tutma girişiminde bulunmaya başlamışlardı. Derslere boykot yüzünden ara verildiği haftalarda, iki liraya hafta içinde dört kap yemek yiyerek karnımızı doyurduğumuz Üniversite'deki Turhan Emeksiz Lokantası da kapanıyordu. Boykot yüzünden derslere ara verildiği bir hafta içinde, boykot organizatörleri bizim yurdun kafeteryasında konferans düzenlemişlerdi. Boykot liderlerinden Deniz Gezmiş gibi sınıf arkadaşım olan bazıları da birinci sınıftan beri tanıyordum. Bu boykotlarla ülkemizde çağdaş bir eğitimin oluşmasını sağlayacaklarını söylüyorlardı.



Ben söz alıp, "Arkadaşlar, böyle boykotlar düzenleyeceğinize, bir an önce mezun olup, siyasete atılarak TBMM'de yapacağımız mevzuat değişikliğiyle daha başarılı olmaz mısınız? Bakın siz boykot düzenliyorsunuz, biz derslere giremiyoruz. Senato Üniversiteyi kapatıyor. Benim gibi devlet kredisiyle okuyan ve ayda 242,5 lira alan arkadaşlar, bunun 90 lirasını yurda verirken, sabahları 25 kuruşa bir simit, öğlen ise, Turhan Emeksiz Lokantası'nda iki liraya dört kap yemek yedikten sonra akşamları da, çeyrek ekme ve elli gram helva ile eğitimimizi tamamlamaya çalışırken, boykotlar yüzünden her gün öğlende yarım ekme ve elli gram helvaya talim etmeye başladık" deyince, boykot organizatörlerinden biri, bana hitaben, "İşte Ömür Yoğurtlarına süt veren ineklerden biri. Arkadaşım uyan, sana okuttukları, kapitalist sistemin iyi bir uşağı olman için beyin yıkamadan başka bir şey değildir" diyerek yanıt verdi. Ben de onun bu cevabına karşı, "Ben en azından senin kapitalist sistem dediğin sistemin hukuk kurallarını öğreniyorum. Sen ise hiçbir şey öğrenmeyip, senin gibi bizim de cahil kalmamızı istiyorsun" diye karşılık verdim. Benim sağ veya soldan hiçbir örgüte ilgi duymadığımı bilen salonda bulunan bazı yurt arkadaşlarım, koluma girip beni salondan çıkarmıştı. O günlerde silahların konuşmadığı bir ortamda, medeni tartışmalar kavga etmeden yapılabilirdi. Fakat durum gün geçtikçe kötüleşiyordu. Yurttan tansiyonun arttığı günlerde birkaç günlüğüne Amcamlara gidiyor, tamamen boşaltmadıkları lojmanda kalıyordum. Nitekim 1968 Nisan Ayı'ndan itibaren, polis, bazı geceler Kadırga Yurdu'na gelip arama bile yapmıştı. Derken 1968 Mayıs Ayı'nda bir kısım öğrenciler Rektörlük Ana Binası'nı işgal ettiler ve haziran sınavları temmuz ayına kadar ertelenip, Üniversite'de eğitime ara verildi. O günlerde Tekirdağ Çorlu'nun bir nahiyesi olan Marmara Ereğli'sinde Nahiye Müdürü olan Ferhat Ferhanoglu'nun rahmetli babası, 1 Temmuz'dan itibaren Belediyenin kiraya vermesi nedeniyle haziran ayında boş olan deniz kıyısındaki barakalardan birini Belediye Başkanına rica ederek temin etmişti. Biz de böylece, daha sonra Tekel Genel Müdürlüğü Baş Hukuk Müşavirliği'nden emekli olan Av. Mehmet Erdem ve mezuniyet sonrası İstanbul Hukukta bir süre asistanlık ve 1973 seçimlerinde de İçel milletvekili olup, 1983'te genç yaşta kaybettiğimiz Oral Mavioğlu arkadaşımızla birlikte hem tatil yapmak hem de sınavlara hazırlanmak imkânına kavuşmuştu. Nitekim

dördümüz de, bir ay ertelemeli olarak 1968 Temmuz Ayı’nda yapılan final sınavlarının tamamını başarılar dördüncü sınıfa geçmiştik.

Üçüncü sınıfta okurken, Ferhat ve ben, ileride doktora yapmak istersek, doktora sınavına girebilmek için zorunlu olan üç lisans seminerinin, mezun olmadan önce, üçüncü sınıfın ikinci yarısından itibaren yapılabileceğini öğrenince, 1968 Şubat Ayı’nda Genel Kamu Hukuku ve Medeni Usul Hukuku derslerinin lisans seminer derslerine kaydolup, doktora semineri yapan bazı asistan hocalarımızla birlikte seminer öğrenciliği de yaptık. Bu kapsamda, lisans semineri öğrencileriyle doktora yapan asistanların aynı seminerde bir arada seminere katılmalarının uygun olmadığını düşündüren bir olay yaşadığımı da vurgulamak isterim. Beni bu kanaate getiren olay, Medeni Usul Hukukunda doktora semineri yapan iki asistan hocamızdan birine, Hoca, konuları dağıtırken “hak ile dava hakkı arasındaki ilişki” konusunu vermesiyle başlamıştı. Bana da konu olarak “tespit davası” verilmişti. Hocamız, seminere katılan her öğrencinin sunum yapana, lisans semineri yapanlar da dahil, bir soru sormasını istiyordu. Ben de, Nurullah Kunter Hocamızın “Ceza Muhakemesi Hukuku” kitabının o tarihteki 2. baskısında bu konuda iki sayfalık bir dipnot bulmuş ve sorumu “Hak ile dava hakkı arasındaki ilişki bakımından Medeni Usul Hukuku ile Ceza Usul Hukuku arasında bir fark var mıdır?” şeklinde sormuştum. Dersin Hocası, konuşmacı asistanın yanıtını tatminkâr bulmayınca, benim cevap vermeme istemişti. Ben de, Kunter Hocanın kitabından öğrendiklerimi söylemişim. Hoca bunu nereden öğrendiğimi sorunca da yanımda getirdiğim kitabın ilgili sayfalarını göstermişim. Hocamız o kitabın tashihiyi yapmış olan her iki asistan hocaya kitabı göstererek onları eleştirmişti. Bu ise, yıl sonu sözlü sınavında dersin hocasının yanında hazır olan asistan hocanın bana karşı soğuk davranmasına neden olmuştu. Bundan ders çıkararak, meslek hayatımda, son sınıfta yüksek lisanstan bir ders alma imkânı tanınan lisans üstü eğitimde, son sınıf öğrencileriyle araştırma görevlisi yüksek lisans öğrencilerinin birlikte yüksek lisans dersi almalarını bölüm başkanı olarak kabul etmemeye özen gösterdim.

1968-69 ders yılı, bir önceki yıla göre öğrenci boykotlarının daha da arttığı bir yıl oldu. Nitekim 1969 Haziran Ayı’nda yapılması gereken final sınavları, sözlü sınavlar da kaldırılarak 1969 Eylül ayına ertelendi. Böylece haziranda mezun olup, ekim ayında askere gitme düşüncemiz gerçekleşmedi. O yıl eğitimleri üç yıla çıkan eğitim enstitülerinin mezun vermemesi nedeniyle, Anadolu’dan İstanbul’a yeni öğretmen tayini yapılamamış ve İstanbul’da öğretmen açığı oluşmuştu. Bu yüzden öğrenciliğimi bilen bazı Şehremini Ortaokulu öğretmenlerinin tavsiyesiyle Fakülteden mezun olur olmaz, 1969 Ekim Ayı’ndan itibaren, Şehremini Ortaokulunun avlusundaki bir barakada ders gören üç tane birinci sınıfa bir saati yazı dersi olmak üzere haftada, sabahçı öğrencilere, toplam on sekiz saat ücretli Türkçe dersi vermeye başladım. İlk günlerde tecrübeli bir Türkçe öğretmeninden, birinci sınıf öğrencilerine nasıl davranmam gerektiğini sormam üzerine, pedagojik yönden bana bazı öğütler verip, tek başıma bu işin üstesinden gelebileceğimi söylemişti. Ben de çiçeği burnunda bir hukuk fakültesi mezunu olarak, ortaokula yeni başlayan bu öğrencilere ders vermeye başlamışım. Hatta genel sağlık muayenesi için bir defasında gittiğim Cerrahpaşa Tıp Fakültesi’nde, dekanlarının 1969-70 ders yılında Şehremini Ortaokulunda öğrencim olduğunu öğrenmişim. Dekan Bey, Türkçe sınavında benden pekiyi alışımlı öyküsünü anlatmıştı. Ortaokul birinci sınıf için ağır sayılan bir soruyu nasıl sorduğuma yıllar sonra şaşırılmış, fakat Dekan Bey’de yarattığı olumlu etkiye sevinmişim.

Avukatlık stajında, o yıllarda, barolardan kredi şeklinde bile olsa, bir yardım yapılmadığından, ortaokulda ücretli öğretmenlik yapmak beni ekonomik yönden biraz rahatlatmıştı. Baroda staj işlemlerinin sonucunu beklerken İstanbul Hukuk Fakültesi’nde doktora başlamak için 1969 Aralık Ayı’nda yabancı dil sınavı yapılacağını öğrendim. Doktora başlayabilmek için aranan üç lisans dersini, üç ve dördüncü sınıfta tamamladığımdan, Fransızcadan doktora yabancı dil sınavına girdim. Sınavda, bir doçent hocamızın yaptığım çeviride eksik bıraktığım bazı cümleciklere dikkat çekmesi üzerine, gerekli düzeltmeleri yaparak bu sınavı başardım. Böylece 1969-70 ders yılında İstanbul Hukuk doktora sınıfına 139 numarayla kaydoldum.

Benim için bu ders yılı çok yorucuydu. Zira haftada dört gün sabahtan öğlene kadar ortaokulda ders verip, oradan otobüsle Sultanahmet’teki İstanbul Adliyesi’ne gidip, öğlen aralığında staj devam defterini imzalayıp, şubat ayından itibaren ise, genelde saat 14:00 veya 14:30 da başlayan doktora seminerlerine katılıyordum. Bu seminerlere vaktinde katılabilmek için Beyazıt durağından Fakülteye koşarak gittiğim çok oluyordu. Böyle bir koşuşturmalı günde iş hukuku seminerine giren rahmetli Prof. Dr. Kenan Tuçoğlu Hocamızla aynı anda sınıfa girmiştim. Ders sırasında Hoca, bana, dersten sonra odasına uğramamı söyleyince acaba kusurlu bir davranışım mı oldu diye endişelenmişim. Dersten sonra, Hocaya çekingen bir tarzda uğradığımda, korktuğum olmamış, bana karşı mülfefit davranarak çay söylemişti. Ardından kendimi tanıtmamı isteyip, hangi liseden mezun olduğumu sordu. Ben de Antakya Lisesi deyince, şimdi olmadı dedi. Birçok kürsüde hocaların yabancı dil hazırlık sınıfı olan liselerde okumuş hukuk mezunlarını tercih ettiklerini, kendisinin de Avusturya Lisesi mezunu olduğunu, birçok hocadan benim hakkımda övücü sözler duyduğu için benimle tanışmak istediğini söylemişti. Ardından normal bir liseden mezun bir arkadaşının Adalet Bakanlığı bursuyla İsviçre’nin Bern Üniversitesi’nde medeni hukuk doktorası yaptığını ve halen Adalet Bakanlığında Hukuk İşleri Genel Müdürü olduğunu belirtip, rahmetli Dr. Bülent Olcay Beye benim için bir mektup yazıp onunla temasa geçmemi söylemişti.



Ben bunun üzerine vakit kaybetmeden o hafta perşembe akşamı bir otobüsle Ankara'ya gidip rahmetli Dr. Bülent Olcay Bey'e Hocanın mektubunu vererek tanışmıştım. Bülent Bey, muhtemelen mart ayında Milli Eğitim Bakanlığının bu sınavı açacağını, haber aldığımda bana da bilgi yollayacağını söyledi. Gerçekten ilan bir gazetede çıkmış ve ben de başvurmuştum. Ankara Hukuk Fakültesi'nde dört gün boyunca yapılan bu sınavda, medeni hukuktan sorulan beş sorudan ikisine çok detaylı yanıt verememiştim. Zira bu sorulardan biri hacir altına alma ile ilgili olup, Hocamız Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'ın Filiz Kitabevinden fasiküller halinde çıkan aile hukuku kitabının o kısmının fasikülü sınavdan önce çıkmadığı gibi, Hoca da bizi o kısımdan muaf tutmuştu. Diğer bir soru da borçlar özelden alım satım sözleşmesinden çıkmıştı. Hocamız Prof. Dr. Aytekin Ataay da bu sözleşme ticari bir sözleşme olduğundan ileride o konuda derinleşmek isteyen ayrıntılı öğrenir diye o sözleşmeyi bize üstün körü anlatmıştı. Allahtan diğer üç soruya çok iyi yanıtlar verdiğimden tüm sınavlarda başarılı olmama rağmen, ceza hukukundan 20 üzerinden 20 aldığım için ceza hukuku alanında doktora yapmak üzere Belçika'ya gönderilmeme karar verilmişti. Adalet Bakanlığı'nda Bülent Bey aracılığıyla görüştüğüm bir hâkim ise, Uluslararası Ceza Hukukunda doktoramı yaparsam çok faydalı olacağını söylemişti. Amcam ve eğitime gönül vermiş iki öğretmen, o zamanlar 124.600 lira gibi İstanbul'un iyi bir semtinde üç odalı daire satın alabilme değerindeki bir miktar için bana kefil olmuşlardı. Böylece 1971 yılı muhtırasının ayak sesleri duyulan 1970 Temmuz Ayı sonunda iki valize Türkçe hukuk kitapları koyarak trenle yola çıkmış, üç günde Brüksel'e bir cumartesi günü ulaşmıştım. Her yer kapalıydı ve sokaklarda adeta in cin top oynuyordu. Zira birçok kişi ya o gün senelik tatil için yola çıkmış, ya da tatildekiler Brüksel'e dönmek amacıyla bulundukları yerden hareket etmişti. Ayrıca daha dil okulları da açılmamıştı. Bana o tarihte Brüksel İktisat Fakültesi'ni bitirip Üniversitenin Sosyoloji Enstitüsü'nde çalışmaya başlayan ve daha sonra Türkiye'de Bakan da olan Bülent Akarcalı gibi bir arkadaşla Büyükelçilik Başkatibi Tanju Ülgen ve 2. kâtip Tahsin Tarlan da destek vermişti. Fena sayılmayan Fransızcamı doktora yapacak düzeye çıkarmak için önce bir dil okuluna, sonra Üniversitenin dil kursuna katıldım. Bana bu kursların yeterli olmayacağını düşünerek Paris Öğrenci Müfettişliği'nden izin alarak, Fransa'nın Tours şehrindeki Institut Touraine'e gittim. Yaz sonu Brüksel'e geri dönüp, Eylül 1971'de Brüksel Üniversitesi (ULB) Hukuk Fakültesi'nde doktora kaydoldum. 1971-72 ders yılında, Türkiye'de hukuk lisans eğitimi dört yıl iken, Belçika'da ise iki yılı ön lisans ve son üç yılı da doktora sınıfı adı altında beş yıllık lisans eğitimi nedeniyle, benden 4 ve 5.sınıflardan üç derse katılıp 1972 Haziran ayında sınavlara girerek, öncelikle diploma denkliği almam istendi. İlk derse girdiğimde, konuyu kısmen anlamakla birlikte, derste not tutamadığımı gördüm. Bunun üzerine o yıl yeni çıkan kasetli bir teyp alıp, derslerin hocalarından izin alarak teybin her yüzüne 60 dakikalık kayıt yapılabilen bu teybin mikrofonunu masanın üzerine koyarak kayıt almaya başladım. Evde bu kayıtları saatlerce ileriye ve geriye sardırarak kaydın çözümünü yapmaya çalışıyordum. Böylece bu derslerin hocaların ders anlatımlarını 2-3 ay sonra tam kavradım. Her dersten verilen ödevleri de hazırlamak ertesi yılki doktora beni bir bakıma hazırlamıştı. Yanında doktora başladığım Prof. Dr. Robert Legros, Prof. Dr. Maximiliem Philonenko'nun yanında doktorasını Suçların Manevi Unsuru isimli teziyle tamamlamış, adli yargıda Yargıtay Daire Başkanlığı'na kadar yükselmiş Brüksel Hukuk Fakültesinde Uluslararası Ceza Hukuku da okutan bir hocamızdı. İki oğlundan büyüğü benim yaşlarda avukatlığı tercih ederken küçük oğlu Brüksel Üniversitesi'nde kariyer yapmaya yönelip felsefe kürsüsüne asistan olmuştu. Doktora Hocam ve eşi, beni adeta üçüncü çocukları gibi kabul etmişlerdi. O zamanlar Fakültede çok fazla oda sıkıntısı vardı. Asistanların odası yoktu. Hocam sadece bana odasının anahtarını vermişti. Derslerini



haftada iki gün sabahları 07:30-09:30 arasında yapıp, Yargıtay'a giderdi. Ben kütüphane dışında çalışmak istersem Hocanın odasını ve telefonunu kullanırdım. Derslerde asistanlığımı yapma dışında, haziran ayında Uluslararası Ceza Hukuku dersinin sözlü sınavlarını da birlikte yapardık. İçeriye alınan ilk öğrencinin ilk sorusundan sonra içeriye alınan diğer öğrencinin ilk sorusunu ben dinlerken hoca, diğer öğrencinin ikinci soruya verdiği yanıtı dinlerdi. Ayda bir gün, beş değişik ders hocasından oluşan doktora ihtisas dersinde, tüm doktora öğrencileri doktoralarını bitirinceye kadar, o yılın ana konu başlığı altında kendi alanlarında sunum yaparlardı. Sözelimi iki yıl boyunca hukukta iyi niyet ve dürüstlük kuralı üzerine seminerler yaptık. Her beş hoca da adayın sunumundan sonra, o konuda kendi alanları bakımından açıklamalar yaparlardı.

1972 Yılı Şubat ayında 4. sınıfta okuyan ve birlikte derse girdiğim nişanlı iki öğrenci (Philippe ve Monique) ile öğle yemeği için Üniversite lokantasına gitmiştik. Orada Hukuk Fakültesini 1970'te birincilikle bitirdikten sonra asistanlık kabul etmeyip Üniversitenin bitişindeki Brüksel'in o zamanki en ünlü avukatlık ortaklığında avukatlık stajı yapan ve arkadaşımız Monique'in uzaktan akrabası ve arkadaşı olan çok sempatik görünümlü Isabelle Jager ile tanıştım. Konuşma sırasında babasının memur olduğunu söyleyince, onu kendime daha yakın hissettim. Zira benim babam da PTT hat bakıcısı olarak sonuçta mütevazı bir memurdu. Daha sonraki haftalarda birbirimizi tanıdıkça aramızda söz kesmeye ve arkadaş olmaya karar verdik. Ben doktora bitirmeden evlenmeyi düşünmediğimi, eğer doktorada başarılı olamama yönünde bir girdabın içine girersem, kefillerimi borç altına sokmamak için intihar etmeyi bile göze aldığımı belirttim. O yıl her üç dersin sınavını verdikten sonra doktora ihtisas semineri yanında, "Uluslararası Ceza Hukukunda Ülkesellik (mülkellik) ve Yetki Çatışmaları" (Territorialité et conflits de juridiction en droit pénal international) başlıklı bir doktora tez konusu aldım. Haziran ayı sonunda bir ay Adalet Bakanlığı Ceza İşleri

Genel Müdürlüğü'nde araştırma yapmak üzere Ankara'ya geldim. Ağustosun ilk günü feribota yüklediği otomobiliyle Venedik'ten İzmir'e gelen nişanlımla buluşarak, ailemle kendisini tanıştırmak üzere, İzmir, Muğla, Antalya, İçel, Adana güzergahından Akdeniz kıyılarını takip ederek Hatay Hassa'ya geldik. Bir hafta sonra, İç Anadolu'da da dolaşarak, İstanbul'a ulaştık. Daha sonra da Bulgaristan, Yugoslavya, Avusturya ve Almanya üzerinden Brüksel'e döndük. Bu arada Avrupa Konseyi Hukuk İşleri Müdürlüğü'ndeki iki aylık staj talebim kabul edildiğinden, 1974 Ekim-Kasım aylarında da tez çalışmalarımın Avrupa Konseyi sözleşmeleri boyutunu geliştirmek için trenle mobiletimi de yanıma alarak Strazburg'a geldim. Orada o tarihlerde doktorasını yapan arkadaşım Prof. Dr. Faruk Andaç'ın yardımıyla mobiletimle gidip gelebileceğim şehir dışında bir ev buldum. Daha sonra Brüksel Başsavcısı ve ardından Belçika Kralı Baudouin'in Özel Kalem Müdürü olan Jean Marie Piret'nin yanında iki ay çalışıp, tezimde kullandığım ceza hukuku alanındaki Avrupa Konseyi sözleşmelerinin nasıl hazırlandığını yakından görüp kaynakçamı geliştirdim. Ardından 1975 Ocak ayından itibaren cumartesi sabahları 09-12 arası tezimin üzerinde doktora hocam ile birlikte tartıştık. Haziran ayında tezimin gözden geçirilmiş halinin bazı kısımlarını, hocamın telefon görüşmeleri sonucu Devletler Umumi Hukuku hocası Prof. Dr. Jean Salmon, Devletler Hususi Hukuku hocası Prof. Dr. Raymond Vander Elst ve Ceza Usul Hukuku Hocası Prof. Dr. Raymond Screvens'e teslim ettim. Ardından 1974'te çıkan bir kanundan yararlanarak yaptığım bir başvuruyla dört aylık kısa dönem yedek subaylık eğitimi için 20 Haziran 1975'te Türkiye'ye gelip 1 Temmuz - 31 Ekim arası Isparta'da İstanbul ve Ankara Hukuk'tan askere gelen arkadaşlarla askerlik temel eğitimimi yapıp asteğmen olarak askerliğimi tamamlayarak Brüksel'e döndüm. Bu arada üç hocadan gelen gözlemlere göre tezimde düzeltmeler yapıp tez hocama gösterdim. Hocamın takdim yazısıyla, sadece ikişer sayfalık özet bilgiler içeren üç ek tez konumu da belirterek (bunlardan biri sık sık af kanunu çıkarılmasının hükümlülerin ıslahına uygun düşmemesi; bir diğeri de 1973'de ABD ile İsviçre arasında imzalanan ceza işlerinde adli yardım sözleşmesinde yer alan örgütlü suçlarda adli yardımlaşmada banka sırrının engel olmaktan çıkarılması konusuydu) on nüsha halinde 620 daktilo sayfasından oluşan doktora tezimi Hukuk Fakültesi Dekanlığı'na 1976 Ocak Ayı başında teslim ettim. Fakülte Kurulu tezimin Fakülte Kurulu önünde savunulmasına karar verdikten sonra tez hakkında rapor hazırlamak üzere, Hocamın başkanlığında Prof. Dr. Jean Salmon, Prof. Dr. Raymond Vander Elst ve Prof. Dr. Raymond Screvens ile Doç. Dr. Jules Messine'den oluşan jüriyi oluşturdu. Hocalar ortak raporlarını mart ayı başında sundular. Fakülte Kurulu bu raporu değerlendirdikten sonra tüm Kurul üyelerine ek fotokopiler yaptırarak sunduğum ek 25 nüsha tez üzerinden, ek tez konumla ilgili sorular da sorarak 1976 Mart sonunda Belçika Resmî Gazetesinde yapılacak ilanla 26 Mayıs 1976 günü yeri de belirtilen derslikte saat 14:00'da halka açık savunmamın yapılacağı ilan edildi. Hukuk Fakültesi Dekanı ile yeni Rektörümüz olan eski Dekanımız Prof. Dr. Jean Forest'nin de tez jürisi yanında Fakülte Kurulu üyesi olarak katılımlarıyla yapılan bu sınav sonunda "Uluslararası Ceza Hukuku Uzman Doktoru" (docteur spécial en droit pénal international) unvanını ve diplomamı aldım.

Ardından 10 Temmuz 1976'da kıyılan nikahımızdan sonra Türkiye'ye geldik. Mecburi hizmet nedeniyle Adalet Bakanlığı'na yaptığım başvuru üzerine, Belçikalı bir avukat olan eşimle evlendiğim için o zamanki Hakimler Kanunundaki yabancı ile evlenme yasağı yüzünden, elimdeki Belçika devlet doktorası gibi zor elde edilen bir doktora diplomasına rağmen İstanbul ve Ankara Hukuk Fakülteleri dışında İktisadi ve İdari Bilimler Akademisi gibi kurumlarda da yer bulamadım. Ortaokul diplomasının yeterli olduğu Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü kalemimde göreve başladım. Yazı İşleri Müdürü Mustafa Bey, görevimin yirmi kadar memurun çalıştığı bu büroda hakimlerin hazırlayacağı yazı müsveddelerini temize çekmek olduğunu söyleyince bir dosya kâğıdı rica edip, Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'ne hitaben bir istifa dilekçesi yazdım. Evlenme hakkının anayasal ve AİHS'nin 12. maddesiyle korunan bir hak olduğunu belirtip, her işlemi kanun yolu denetimine tabi hakimlere getirilen yabancıyla evlenme yasağının bu hakkın özüne dokunduğunu belirterek yasal haklarım saklı kalmak üzere genel idari hizmetler sınıfından kâtip olarak atandığım bu görevden istifa ettiğimi belirttim. Sonra da o zamanlar sekreterlik sistemi bulunmadığından kapısını çalıp Genel Müdüre dilekçemi takdim ettim. Genel Müdür Muammer Yula Bey, yazı işleri şube müdürünü çağırıp kendisine danışmadan neden böyle hareket ettiğini sordu. Sonra da Ceza İşlerinde İfade ve Adli Yardım Servisindeki hakimlerin odasına benim için de bir masa yerleştirip gelmesini bildirdikten sonra bana Danıştay hakimliğine atanmada böyle bir engelin bulunup bulunmadığını da araştırmamı söyledi.

Yaptığım araştırmaya göre, Danıştay Kanunu'nun da bugün tetkik hakimliği görevi yapan raportörlüğe girişte böyle bir yasak bulunmadığı gibi, bu kimselerin Danıştay üyeliğine, oradan da Anayasa Mahkemesi üyeliğine ve hatta Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na bile yükselmeleri mümkündü. O gece çalışıp müsveddeyi hazırladım. Daktilo ettirip Genel Müdüre takdim ettim. Metnin uygun olduğunu belirtip, beni bir Danıştay üyesine gönderdi. O üyenin desteğiyle dilekçemi kaydettirip harç ve dava masrafını yatırdıktan sonra aldığım evrak tarih ve numarasını bu kişiye de bildirdim. Yazışmalar sonucu Danıştay ertesi yıl bir murafaa günü belirledi. Bu arada ben, düz memur olarak göreve başladıktan sonra aldığım aylıkla hemen bir ev bile kiralayamadım. Otelde kalacak param da yoktu. O sırada benim gibi daha önce



yurt dışında doktora yapmış Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdür Yardımcısı Dr. Mustafa Tören Yücel (halen Çankaya Hukuk Fakültesinde profesör) ile Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Müşavirleri Dr. Turgay Yücel ile Dr. Şeref Ünal (Daha sonra Ufuk Üniversitesinde profesör olmuştur) ağabeylerimin çok desteğini gördüm. Öncelikle Mustafa Tören Yücel Ağabey, ev tutuncaya kadar, bir ay Ankara yarı açık cezaevinin boş olan ve biraz bakıma muhtaç müdür lojmanında kalmamı sağladı. Rahmetli Şeref Ünal Ağabey de Dışişleri Bakanlığının açacağı hukuk müşavirliği sınavından haberdar etti. Adalet Bakanlığındaki ikinci ayımda açılan o sınavı elli kadar aday arasından kazanan iki kişiden biri oldum. Gelen telgrafi Genel Müdüre götürdüm. Beni Müsteşar Beye götürdü. Muvafakat verme yerine Danıştay'da açtığım dava sonuçlanıncaya kadar, Bakan Beyle görüşüp, bana hakimlerin %50 ek tazminatının olmaması nedeniyle itibar etmedikleri Bakanlık Özel Müşavirliği kadrosuna geçtim. Böylece maaşım bana verilen bu istisnai kadro nedeniyle birden birinci dereceye yükseldi.

Adalet Bakanlığı'nda göreve başladığım ilk aylarda, eşim her ay, iki hafta Brüksel'de çalışıp, iki haftalığına da Ankara'ya gelip Türkçe öğrenmeye çalışıyordu. O günlerde Genel Müdürümüz beni çağırıp,



Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'ne bağlı bir şube müdürlüğü konumundaki Adli Sicil Müdürlüğü'ndeki hizmetlerin iyi işlemediğini, bu yüzden yurt dışında adli sicil bilgisayara geçirilmesi ve hukukta bilgisayar kullanımı konusunu araştırmak üzere Avrupa Konseyi ile yirmi beş bin Fransız Frangı yardım içeren bir proje yapıldığını, yol parası Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanacak bu üç aylık araştırma projesinde, verilecek paranın otellerdeki üç aylık ikamet masrafını karşılamayacağını, bu yüzden meslektaşlarının bu iş için uygun kişinin benim olduğumu belirttiklerini ifade etti. Zira Avusturya, Hollanda, Fransa ve Belçika'da yapılacak bu araştırmada, üç ülkede birer hafta kaldıktan sonra, kalan iki aydan fazla zamanı da Brüksel'de eşimin evinde kalıp hem Belçika Adalet Bakanlığında hem de Avrupa Ekonomik Topluluğunda (bugün AB oldu) araştırma yaparak raporumu hazırlayıp dönebileceğimi söyledi. Ben ise, o güne kadar hiç bilgisayar görmemiştim. Verilen bu görev nedeniyle önce Ankara'da yaptığım bir hazırlıktan sonra Viyana'ya gittim. Avrupa Konseyi,

Avusturya'da, üç gün adli sicil merkezleştirildiği İçişleri Bakanlığında ve bir günde Adalet Bakanlığında görüşme yapmak üzere bir program hazırlamıştı. Beni pazar günü uçaktan iner inmez babası Fransız, annesi Avusturyalı olan İnterpol'de çalışan M. Noel karşıladı. Fransızca ve Almanca arasında bana tercümanlık yapmak üzere İçişleri Bakanlığı kendisini görevlendirmişti. Bu üç gün çok verimli geçti. Zira İçişleri Bakanlığının bilgisayar merkezi çok gelişmişti. Hem adli sicil kayıtlarının tutulması merkezleştirilmiş, hem de kolluk, adli olay kayıtlarını da sisteme işlediğinden, önleyici kolluk hizmetlerinde de daha o yıllarda çok iyi sonuçlar almaya başlamışlardı. Sözelimi Viyana'nın önemli eğlence merkezlerinden biri olan Prater'de, yılın hangi ay, gün ve saatlerinde işlenen suçlardaki artışları belirleyip önleyici tedbir aldıklarını söylüyorlardı. Avusturya Adalet Bakanlığı'na ise, perşembe sabahı gittim. Saat 08:30'da Bakanlık girişinde görüşeceğim kişinin ismini verdim. Bana gideceğim odayı tarif ettiler. Saat tam 09:00'da kapıyı çalıp içeriye girdim. Büroda her iki kulağında bir işitme cihazı bulunan yaşlıca bir kişi oturuyordu. Kendisine Fransızca kendimi takdim ettim. O da bana oturmam için bir koltuğu işaret etti. Yarım saat kadar, içeriye bir iki kişi girip çıktı. Sonunda birisi gelip bana Dr. Tezcan'ın nerede olduğunu sordu. Dr. Tezcan'ın ben olduğumu söyleyince, Almanca-Fransızca için çağırdıkları tercüman içeriye alındı. Meğerse benim görüştüğüm kişi Adalet Bakanlığı Müsteşarıymış. Ben kendimi takdim edince kulağı iyi duymadığından beni Türk Büyükelçiliği'nden görevlendirilmiş bir tercüman sanmış. Odaya giren memurlara, Türk Büyükelçiliği'nce görevlendirilmiş tercümanın hazır olduğunu, Dr. Tezcan da geldiğinde görüşmelerin başlayacağını söylemiş. 15 dakika sonra memurlar, Türk Büyükelçiliği'ne telefon edip, Türk Adalet Bakanlığı Müsteşarı Dr. Tezcan'ın ne zaman geleceğini sormuşlar. Onlar da bu konudan haberlerinin olmadığını söyleyince gelip bana sorarak, benim Dr. Tezcan olduğumu anlamışlar. Bu olay bana ders oldu. İlk işim el yazısıyla birkaç kartvizit hazırlamak oldu. Eğer kulağı iyi işitmeyen bu meslektaş kartvizitimi ilk karşılaştığımızda verseydim bunlar olmazdı. Bu yüzden öğrencilerime bir yabancı ile tanıştığınızda mutlaka kartvizitinizi takdim edin diye söylerim. Bakanlık Özel Müşavirliği gibi o zamanlar hiçbir hâkimin yan ödemesi olmadığı için kabul etmediği bu unvanı, Avusturya İçişleri ve Adalet Bakanlığının tercüme hatası yüzünden beni müsteşar sanmalarını da sonradan fark etmiş ve garipsemiştim. Zira benim üç gün Avusturya İçişleri Bakanlığında aldığım bilgileri onlara anlatınca, Avusturya Adalet Bakanlığı Müsteşarı, bana Atatürk Türkiye'sinde sizin gibi konuya hakim bir meslektaşın genç yaşta kıdemine bakılmaksızın bu göreve atanmanız, Atatürk'e duyduğum sevgiyi daha da arttırdı deyince, ben açıklamada bulunamamıştım.

Hakimlik sınıfına geçiş konusuna tekrar dönersek, Anayasa Mahkemesinin Danıştay'ın benim dava kapsamında def'i yoluyla başvuru üzerine iptal ettiği hakimlerin yabancıyla evlenme yasası sonrası atandığım Polatlı Savcılığında daha düşük maaş alıyordum. Altı ay her gün sabah 07:00 otobüsüyle gidip, akşam Ankara'ya döndüğüm Polatlı bana ilginç gelmişti. Bir çarşamba günü öğlen vakti yürürken, pazarda tilki derileri dikkatimi çekmiş, kış uykusuna yatan tilkilerin tarlaya çıkış deliklerine piknik tüple gaz sıkılarak yarı uykulu dışarı çıkan bu hayvanların öldürülüp derilerinin kürkçülere satıldığını öğrenmiştim. Bu hayvanların yok edilmesinin nasıl önlenilebileceği konusunu ilçe Tarım Müdürlüğünü ziyaret ederek sormuştum.

Bir defasında da bir suç dosyasında tüp gazın bir kız kaçırma olayında kullanılmak istendiğine tanık olmuştum. Bir bakıma yasak tilki avında kullanılan tüp gaz, bu kişilere kız kaçırmaya teşebbüste ilham olmuştu.

Benim hakimlikte yabancı ile evlenme yasağı nedeniyle 1976 yılında yüksek öğrenim kurumlarında asistanlık kadrosu aradığım dönemde tanıştığım ve profesörlüğünün altıncı ayında kalp krizi sonucu genç yaşta kaybettiğimiz Yılmaz Günal Hocanın vefatından sonra, 1980 yılı başında AÜ SBF’de Ceza Hukuku kürsüsünde özellikle Uluslararası İlişkiler Bölümündeki Uluslararası Ceza Hukuku dersinde yararlanılmak üzere asistanlık sınavı açılacağını arkadaşım Doç. Dr. Hasan İsmet Bıyıklı’dan öğrendim. Bu asistanlık kadrosunu rahmetli Prof. Dr. Yılmaz Günal Hocanın çıkarttığını ve benim kazanmam halinde ruhunun şad olacağını duydum. Kürsü Başkanı Prof. Dr. Feyyaz Gölcüklü Hoca, daha başarılı bir sınav kâğıdı veren olmazsa benimle çalışmaktan memnun olacaklarını söyledi. Sınava girdim kazandım, fakat Adalet Bakanlığı’ndan muvafakat almamın güç olacağı söylendi. Birkaç ay sonra da 12 Eylül Askeri Müdahalesi oldu. AÜ SBF Hocalarından rahmetli Prof. Dr. İlhan Öztrak yeni kabinede Devlet Bakanı olmuştu. Adalet Bakanlığı üst düzey bürokratları mecburi hizmeti süresini doldurmadığım gerekçesiyle adli teşkilattan ayrılmama karşı çıksalar da Devlet Bakanı İlhan Hoca aracılığıyla Adalet Bakanından nihayet gerekli muvafakat alındı ve Ankara Siyasal Bilgiler Fakültesine asistan olabildim.

Fakültede asistanlar için oturacak boş oda bulunmadığından Feyyaz Hocanın hoşgörüsüyle odasının kitaplık kısmının yanında not almak için konulmuş küçük bir masayı bana vermesiyle Hocanın odasında oturmaya başladım. Birkaç gün odaya her gelişimde odanın temizliğine bakan bir hademe, beni rahatsız edecek kadar bana çok saygılı davranıyordu. Bir gün elinde EGO’nun elektrik ödeme makbuzuyla gelip, maaş ödemeleri her ayın on beşine çekilmesine rağmen, EGO’nun uygulamayı değiştirmedikten benden on beş günlüğüne bin lira borç istiyordu. İlk Adalet Bakanlığında göreve başladığımda oradaki bir hademe de aybaşından önceki cuma günü benden eşine ilaç almak için yüz lira istemiş, ben de o hafta sonu için cebimde yüz lira olduğunu söyleyip elli lirasını ona vermiştim. Sonradan bu hademenin at yarışı oynadığını, daireye her yeni gelen memura foyası meydana çıkmadan böyle bir oyun oynadığını, bir başka hâkimden aynı tarzda 250 lira borç alma olayından öğrenmişim. Bu yüzden öğle yemeğinden sonra hocaların gittiği gazete odası olarak kullanılan Meray Salonuna gidip, yeni Ceza Hukuku asistanlığına başlayan doktoralı bir savcı olduğumu söyleyip, bana güven telkin etmeyen bu hademeden bahsettim. Bir anda on kadar hocanın, o hademeye inanıp, kendisine bin ila iki bin lira arasında para verdiği ortaya çıktı. Bu olay, hocaların, savcılıktan gelmenin hali başka, hemen olayı çözdü demelerine yol açtı. Oysa ben geçmişte yaşadığım bir olaydan ders çıkarmıştım.



Ankara Siyasal Bilgiler Fakültesinde çok mutlu beş yıl öğretim üyeliği yaptım. Orada yaşadıklarımı anlatsam sayfalar tutar. Sadece birini yazayım. 1973’te beş devletin Türkiye’ye karşı AIHM’de açtıkları davada Dışişleri Bakanlığı, hukukçu olarak yardım alabilecekleri bir genç akademisyenin ismini Feyyaz Hocadan rica etmiş. O da “Durmuş benim yanımda yetişti, o size yardım eder” demiş. Ben 1984’te doçent olmama karşın, 1983’ten itibaren yardımcı doçent olarak o davanın savunmasıyla ilgili toplantılara katıldım. 1985’te de dostane çözüme gidildi. Bu nedenle zamanın Dışişleri Bakanı rahmetli Em. Büyükelçi Vahit Halefoğlu beni de üçüncü sıradan da olsa bir doçent olarak AIHM’de Türk Hâkimliği için aday göstermişti. 1996-2004 arası devlet üniversitesinden emekli oluncaya kadar sekiz yıl AIHM’de Türkiye’nin avukatlığını yapmış ve İnsan Hakları alanında birçok yayını olan bir profesör olarak AIHM’e Türk hâkim adaylığı için yaptığım başvuru kabul gördü. Ancak, listede ismi bulunan AIHM’de önceki Türk hâkim Em. Büyükelçi Rıza Türmen hakkında adaylıktan sonra basında çıkan bazı eleştiriler nedeniyle benim de ikinci sıradan içinde bulunduğum liste geri çekilmiş, bu durum o göreve seçilebilmek için aranan tüm özelliklere sahip olduğum halde bu şansı kaybetmeme neden olmuştu.

AHM’deki sekiz yıllık çok yorucu devlet avukatlığım (buna Hükümet Ajanlığı da deniyor) dönemimde edindiğim birikimim ile şu an ikisi de profesör olan (Prof. Dr. Mustafa Ruhan Erdem ve Prof. Dr. Oğuz Sancakdar) iki eski asistanımın da katkısıyla bugüne kadar iki baskı yapan “Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu” isimli eseri yayınlama fırsatı bulduk. Bu çalışmaları genellikle Buca’daki DEÜ Hukuk Fakültesinde yapıyorduk. Bir gün saat 20:00’de eşimin eve ne zaman geleceğimi sorması üzerine biraz daha Fakültede arkadaşlarımla işim olduğunu söyledim. Ancak saat 22:30’da eve dönmeyince eşim telefonda kızgınlığını dile getirdi. Beni bu durumda gören bu iki genç meslektaşım, benim durumumun çok zor olduğunu, zira onların benzeri sıkıntıyı yaşamadıklarını, çünkü eşlerine “Hoca çalışalım dediği için benimle birlikte olduklarını” söyleyerek sıkıntıdan kurtulduklarını fakat benim böyle bir mazeretimin bulunmadığını anlatmışlardı. Bunun üzerine onları da daha fazla yormamak için çalışmaya son verip evlerimizin yolunu tutmuştuk.

Adalet Bakanlığı tarafından 2004 yılında Hâkim ve Savcı eğitiminde başvuru kitabı olacak bir kitap çalışması yapmam istendi. Avrupa Konseyinin desteğiyle 12 şehirde Hâkim ve Savcılar için eğitimcilerin eğitimi projesi yapıldı. Bu eğitimlerde kullanılmak üzere zaman darlığı nedeniyle “Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu” kitabımızdan yararlanarak “AIHM Kararları Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi” başlıklı kitap hazırladık. Adalet Bakanlığı bu kitaptan on bin adet basarak eğitime katılan adli ve idari yargı hâkim ve savcılarına dağıttı.

Daha sonra Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı da il ve ilçe insan hakları kurulları için bir kitap talebinde bulundu. Fakat hazırladığımız il ve ilçe insan hakları kurulları ile ilgili mevzuat değerlendirmesini de içeren çalışma taslağımız hakkında Anadolu'nun birçok kasabasındaki bazı kurul üyelerinin hukuki terimler içeren böyle bir kitaptan yararlanmalarında güçlük doğacağı şeklinde bazı eleştiriler geldi. Bunun üzerine, insan hakları dersinin Anayasa dersini desteklemek üzere bir yarı yıllık seçimsel bir ders olarak okutulması nedeniyle daha basit bir yarı yıllık bir insan hakları kitabı çıkarmanın yararlı olacağını düşündük. Böylece "Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu" isimli kitabımızın üçüncü baskısını daha sonra yapmak düşüncesiyle elimizdeki taslağı İnsan Hakları El Kitabına dönüştürmenin daha uygun olacağına karar verdik. Bu kararı alırken bazı fakültelerde insan hakları dersinin birinci sınıfta okutulmasını da dikkate aldık. Sözgelimi İstanbul Kültür Üniversitesi'nde, bu dersi daha sonra Hukuk Fakültesinin sekizinci yarı yılına aktarmamız da kolay olmadı.



İzmir'de 13 yıl boyunca Ceza Hukuku yanında İdare Hukuku dersi vermem konusunda Dekanlık ısrar ettiği için, 1986 Ocak ayından Eylül ayına kadar bir öğrenci gibi çalışarak öğrencilere tavsiye edeceğim Türkçe ders kitabı dışında Fransızca kaynaklardan kendim için bir ders notu hazırlamıştım. İdare Hukukunun kapsamına giren mevzuat ise dağınık olduğundan hazırladığım mevzuatın birincil cildine temel İdare hukuku kaynaklarını koyarken, diğerine de dersin konularına göre mevzuatı derlemiştim. Bu uygulama işimi çok kolaylaştırdı ve daha sonra Danıştayın yerleşik içtihatlarıyla ilgili bilgileri içeren bir pratik çalışma kitabı da çıkardım. Bir yandan da bu ders için ilk aldığım araştırma görevlisinden sonra, Fakülteye verilen ve diğer anabilim dallarının kullanmadığı araştırma görevlisi kadrolarına da üç yeni araştırma görevlisi alarak bu ders için ileride güçlü bir öğretim üyesi kadrosu oluşturmaya çalıştım. Zira Üniversite bünyesinde İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesinin üç bölümünde de idare hukuku okutuluyordu. Nitekim bu dört araştırma görevlisinden üçü Fakültede kalmış ve ikisi normal sürelerinde profesörlüğe yükselmişlerdir. Benim idare hukuku anabilim dalının bana ihtiyacı kalmadığını düşünerek idare hukukunu tamamen yeni yetişen bu arkadaşlara bıraktığım sırada bir rektör, geçmişte iktisadi idari bilimler akademisinden uzmanlık alanı belli olmayan, sadece hukuk doçenti unvanına sahip bir avukatı kadroya atamıştı. Ama genç arkadaşlarımızın performansı karşısında bir süre sonra kurumdan ayrılmıştı. Benim zorunluluk nedeniyle üstlendiğim bu dersin ise, bana birçok faydası oldu. Önce DEÜ Çevre Mühendisliği Bölümünün hazırladığı su kirliliği yönetmeliği taslağına katkıda buldum. Daha sonra sekiz yıllık AİHM nezdinde yaptığım devlet avukatlığı (Hükümet Ajanlığı) döneminde de yararını gördüm. Hatta on yıl Bordeaux Üniversitesi Hukuk Fakültesinde doktora sınıfında yılda bir ay süren Uluslararası Ceza Hukuku dersine girmem de bu ders sayesinde gerçekleşti. Şöyle ki İdare Hukukuna ilk aldığım araştırma görevlisinin yabancı dil olarak sadece iyi bir İngilizcesi vardı. Ben de Fransızca kaynaklara ulaşması için onu Fransızca kurslarına yönlendirmiştim. Fransızcasını oldukça geliştirmişti. Bir gün Fransa'da Hukuk Tarihi profesörü olup iki yıllığına İzmir Fransız Kültür Merkezi Müdürlüğüne atanan Fransız meslektaşımızı ziyaret edip, meslektaşımıza, yüksek lisans tez aşamasında olan bu araştırma görevlisi yanında kendi gayretleriyle Fransızca öğrenmiş Medeni Hukukta doktora tez aşamasına gelmiş bir diğer araştırma görevlisi için Fransa'dan bir burs sağlanırsa bu iki genç meslektaşın tezleri için Fransa'da kaynak araştırması yapabileceklerini ve Fransızca dilini de geliştirebileceklerini söyledim. Benden Fransa'da konferans verebilecek bir diğer hoca daha bularak üçer konferans konusu yazmamı istedi. Böylece İzmir'deki Hukuk Fakültesiyle Fransız Hukuk Fakültelerinin iş birliğine girebilmeleri için bu iki öğretim üyesinin ikisi ay Fransa'ya davet edilmesini, ancak bu Hocaların Fransa'yı zaten tanımaları nedeniyle dosyada bilgileri yer alan iki araştırma görevlisine bu miktarın dörder aylık araştırma bursu olarak tahsis edilmesinin daha yararlı olacağını yazacağını bildirdi. Fakat bu davet iki araştırma görevlisine değil de maalesef, lise ve hukuk eğitimini Strasbourg'da yapan o tarihte yardımcı doçent olan Prof. Dr. Melda Sur ile bana çıktı. Ben 1988 Eylül ve Ekim aylarında Paris'e gittim. Bir yandan özel hayatın bilgisayar karşısında korunması konusunda çalışırken, diğer yandan da beni o yıl yapılan resmi başvuru nedeniyle AB Enstitüsünde Türkiye'nin Avrupa Birliğine tam üyelik başvurusunun nedenleri üzerine bir söyleşi için davet eden Nancy Üniversitesine gittim. Halen bu Üniversitede birisi Türk Ceza Hukuku üzerine doktora tezi yazdığında jüri üyesi olarak beni davet ederler. O davet döneminde Uluslararası Ceza Hukukundaki son gelişmeler konusunda beni Bordeaux Üniversitesi de çağırdı. Konferanstan sonra onlara ceza hukuku hocası olmama karşın, İzmir'de İdare Hukuku da okuttuğum için her yıl bir idare hukuku öğretim üyesinin gelip kararlaştıracağımız bazı konularda İdare hukuku alanında ders vermesinin yararlı olacağını anladım. Böylece ilk iş birliği taslağını hazırladık. Buna göre her yıl Bordeaux Üniversitesi Hukuk Fakültesinden bir idare hukuku öğretim üyesinin bir aylığına İzmir'e geleceğini, İzmir'den de bir aylığına bir öğretim üyesinin doktora sınıfında Uluslararası Ceza Hukuku alanında ders vermek üzere Bordeaux Üniversitesine gideceğini kararlaştırdık. Bu iş birliği en azından benim AİHM'de Türkiye'nin avukatlığına atanmamın ilk yılı sonuna kadar sürdü. Ben de, İzmir'deki öğrencilerime Fransız Hocalardan bazı konuları dinleme imkânı bulmalarını sağladım. Ayrıca onlara hafta sonları da İzmir ve çevresini gezdirdim. Bu arada 1991 yılında Bordeaux Hukuk Fakültesi Öğretim Üyeleri Kurulunun Türk ve Fransız Hukuk Fakülteleri arasında kurulan iş birliğine yaptığım katkılar nedeniyle aldığı karar üzerine, Fransa Kültür Bakanlığı tarafından şahsıma Akademik Sınıftan Şövalyelik (*Chevalier des Palmes académiques*) unvan ve beraatı verildi.

AIHM'deki devlet avukatlığından ayrılırken, benden önce bu göreve başlayıp birlikte çalıştığımız ve maalesef aramızdan erken ayrılan rahmetli akademisyen meslektaşlarımız Prof. Dr. Bakır Çağlar, Prof. Dr. Aslan Gündüz ve Av. Dr. Şükrü Alpaslan'ın adlarını da saygıyla anmak isterim. Her üçü de AIHM'deki davalarda vatansever bir ruhla gecelerini gündüzlerine katarak bu ülke için canla başla çalıştılar.

2004 yılı kasım ayından beridir halen çalışmakta olduğum İstanbul Kültür Üniversitesinden de bahsetmek istiyorum. Dokuz Eylül Üniversitesinde yirmi beş yılını doldurup erken emekli olan Prof. Dr. Dr. h.c. multi Bahri Öztürk arkadaşım önce İstanbul Bilgi Üniversitesinde göreve başlayıp sonra yeni kurulan İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi kadrosuna geçmişti. 2003 yılı ocak ayında bu üniversite beni insan haklarıyla ilgili İstanbul Pera Palas'ta düzenledikleri bir uluslararası sempozyuma davet etmişti. Bu fakültede Bahri Beyden başka, en son Basın Yayın Kurumu genel kurul toplantılarında beraber çalıştığımız kurucu dekan Prof. Dr. Tayfun Akgüner, sınıf arkadaşım Prof. Dr. İlhan Ulsan ve Kıbrıs Yakın Doğu Hukuk Fakültesinde on beş günde bir hafta sonları ders vermek için birlikte olduğumuz rahmetli Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu gibi yakından tanıdığım hocalar da vardı. Bu hocalar arasında bana hep destek olan rahmetli Prof. Dr. İsmet Giritli ve rahmetli Prof. Dr. Yıldızhan Yayla Hoca gibi birçok ismi de zikredebilirim.

İstanbul Pera Palas'ta sunduğum tebliği beğenen rahmetli rektör Prof. Dr. Dr. h.c. Önder Öztunalı'nın beni fakülteye kazandırmaları için Tayfun Bey ve İlhan Beye ricada bulunması üzerine benimle konuştular. Ben onlara paranın önemli olmadığını, ancak İzmir ve Brüksel'deki evden sonra bir de İstanbul'da ev açmak istemediğimi söyledim. Bu yüzden Mütevelli Heyet Başkanımızın desteğiyle İstanbul Kültür Üniversitesinde göreve başladığım tarihten itibaren eşim dört yıl önce NATO'daki görevinden emekli oluncaya kadar Üniversitenin sağladığı ve bir kişiye yetecek küçük bir lojmanda kaldım.

Hocalarına yakın ilgi gösteren bu üniversitede çalışmaktan hep mutluluk duydum. Rahmetli Sulhi Dönmezer Hocanın başkanlığında 1990'lı yıllarda hazırladığımız yeni ceza mevzuatı 2003 yılında TBMM'ne sunuldu. Daha sonra Meclis Alt Komisyonunda özellikle TCK'nın genel hükümlerini ve bazı suç tiplerini Alman mevzuatına yaklaştıran değişiklikler yapıldı. Şahsen TCK'daki kimi değişikliklere sıcak bakmasam da bu mevzuatı tanıtmak için TBB rehberliğinde hafta sonları Bahri Beyle birlikte tüm Türkiye'yi dolaştık. Hatta bu mevzuat 1 Haziran 2005'te yürürlüğe girmeden önce ekip halinde iki gün Milliyet Gazetesinin ekinde TCK ve CMK'nun özet değerlendirmesini içeren görüşlerimizi yayınladık. Ceza



Kanunu'nun ikinci kitabını oluşturan suçlardan belli başlılarına ilişkin daha önce iki baskı yaptığımız Ceza Özel Hukuku kitabımızı yeni kanuna uyarlayarak, kendilerini manevi oğullarım olarak gördüğüm Prof. Dr. Mustafa Ruhan Erdem ve Doç. Dr. Murat Önok ile birlikte yayınladık. Bu yıl bahsi geçen Ceza Özel Hukuku isimli kitabımızın 21. Baskısı yapıldı. Ceza Hukukunun yabancılık unsuru taşıyan konularıyla Uluslararası Hukukun ihlalini oluşturan konularını, bu yıl 7. baskısı yapılan Uluslararası Ceza Hukuku kitabımızda yayınladık. Ayrıca zaman darlığından bu yıl yeni baskısını çıkaramadığımız İnsan Hakları El Kitabının 9. baskısının tıpkı basımını yaptık. Sınav sorularımızı çözüm örnekleriyle birlikte derlediğimiz Ceza Özel Hukuku Pratik Çalışma kitabını da Yaşar Üniversitesinden Prof. Dr. Mustafa Ruhan Erdem'in eski asistanı Doç. Dr. Candide Şentürk Akaner ve İstanbul Kültür Üniversitesinden Dr. Öğretim Üyesi Efser Erden Tütüncü isimli iki genç meslektaşımızla sürekli olarak güncelleyerek öğrencilerin

bilgisine sunmaya devam ediyoruz.

Bu üniversite yanında, DEÜ Adalet Meslek Yüksekokulundan edindiğimiz deneyimle kurduğumuz İKÜ Adalet Meslek Yüksekokulu da, öğrencilerin ilgisini çeken ve mezunlarının da başta adli teşkilat olmak üzere çeşitli kurum ve kuruluşta kolayca işe girdiği bir yüksekokul olmuştur.

İstanbul Kültür Üniversitesindeki kadrolu görevim yanında, kurucularından olduğum Kıbrıs'taki Yakın Doğu Hukuk Fakültesinde haftada bir gün sembolik bir ücretle ders vermeye de devam ediyorum.

Kitaplarımızın gerek üniversitelerde ve gerekse uygulamacılar arasında değer verilen kitaplar olması da bize mutluluk veriyor.

Bunun dışında çocuğum olmadığı için mütevazı birikimimle doğduğum ve ecdadımın yaşadığı Silifke Taşucu'nda yaptırdığım Prof. Dr. Durmuş Tezcan Mesleki ve Teknik Anadolu Lisesi ise, bir başka mutluluk kaynağı olmuştur. Halen denizcilik eğitimi veren bu liseye katkıda bulunmaya devam etsem de, oradan yetişen vefalı denizci gençlerin okullarına sahip çıkarak onu daha da ileriye götüreceklerine inanıyorum.

Ülkemiz kalkındıkça, gençlerin bizden daha başarılı hizmetler vereceğine inanıyorum. Bu yüzden genç hukukçulara, bir hocamızın deyimıyla, yolunuz, sağlıklı, mutlu ve ileri olsun diyorum.

Prof. Dr. Durmuş TEZCAN / İstanbul - 20.11.2023